

Vol. 6

Nº 2

2018 - Novembro

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Volume 6 – Novembro 2018 – ISSN 2318-2253

Periodicidade semestral

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

Conselho editorial

Amanda Athayde Linhares Martins

Amanda Flávio de Oliveira

Ana de Oliveira Frazão

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Celso Campilongo

Dênis Guimarães

Diogo Coutinho

Edmond Schlumberger

Eduardo Molan Gaban

Eleanor Fox

Guilherme Ribas

Ivo Gico Junior

Laurence Idot

Leonardo Peixoto Leal

Marcio de Oliveira Júnior

Marcos Vinícius Torres

Paula Forgioni

Saulo Casali

Vinicius Marques de Carvalho

William Kovacic

Coordenação editorial

Paulo Burnier da Silveira

Noemy Cabeleira de Araújo Castro Melo

Victor Oliveira Fernandes

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

Apresentação3

Defesa da Concorrência na Perspectiva Comparada

New Competition Policy in Argentina - Julián Peña.....5

Exchanges of Information in Competition Law: The Chilean (Incipient) Experience - Javier Tapia, Vanessa Facuse..... 13

Desafios contemporâneos na defesa da concorrência no Brasil

Fake News: Um Desafio ao Antitruste? – Juliana Domingues e Breno Silva37

Eficiência e ideologia: inovação, desigualdade e o custo dos erros na tecnocracia antitruste - Bruno Braz de Castro58

Reconciliando o direito antidumping e o da concorrência: a natureza jurídica como fonte da coexistência - Marc Antoni Deitos, Voltaire de Freitas Michel 95

A atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no processo de incorporação da empresa recuperanda e a teoria failing company defense - Márcio Gabriel Plastina Júnior, Leonardo José Peixoto Leal 109

A Responsabilidade Solidária entre Sociedades Empresárias de um mesmo Grupo Econômico por Infrações ao Direito da Concorrência - Renan Cruvinel de Oliveira 130

Interface entre Regulação e Concorrência

A tutela da concorrência no processo de desestatização da execução do serviço público de infraestrutura aeroportuária: interação institucional e promoção do investimento privado - Myller Kairo Coelho de Mesquita 161

Restrições verticais na cadeia de comercialização de etanol combustível: análise do impacto concorrencial do poder normativo e regulador no setor varejista - Dalide Barbosa Alves Corrêa, Levi Borges de Oliveira Veríssimo, Pedro Paulo Alves Corrêa dos Passos 193

Apresentação

É com muito entusiasmo que anunciamos a publicação de mais uma edição da Revista de Defesa da Concorrência (RDC). O periódico tem cumprido a valorosa missão de divulgar estudos que discutem temas relevantes do antitruste, contribuindo para a promoção da defesa da concorrência em nosso país.

A presente edição da RDC foi estruturada em pleno atendimento às mais altas exigências de qualificação de periódicos nacionais definidas pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Ela reúne textos de renomados autores e coautores filiados a instituições estrangeiras, congrega artigos e ensaios originais de pesquisa subscritos por professores doutores e cumpre os critérios de exogenia regional, tanto em relação ao corpo de autores quanto em relação ao corpo de parecerias. O atendimento a essas exigências insere a Revista de Defesa da Concorrência (RDC) em um seleto grupo de periódicos acadêmicos de excelência no cenário nacional.

Os artigos publicados na presente edição estão organizados em 3 (três) eixos. O primeiro deles aborda a Defesa da Concorrência na Perspectiva Comparada. Nessa seção, são trazidos artigos que discutem particularidades do *enforcement* antitruste em países da América Latina. O artigo de Julián Peña trata dos desafios derivados das reformas recentes na Lei de Defesa da Concorrência na Argentina. Já o texto de Javier Tapia e Vanessa Facuse compartilha as experiências da autoridade chilena de defesa da concorrência no enfrentamento de casos de trocas de informações concorrencialmente sensíveis.

O segundo eixo trata dos Desafios Contemporâneos na Defesa da Concorrência no Brasil. O texto de Juliana Domingues e Breno Fraga investiga como o problema das *fake news* tão em voga atualmente pode ser endereço pelas autoridades antitruste. O artigo seguinte, do autor Bruno Braz de Castro, aborda os limites da tecnocracia antitruste na contemplação de objetivos para além da mera busca por eficiência alocativa. O artigo de Voltaire de Freitas Michel e de Marc Antoni Deitos, por sua vez, discute a relação entre direito da concorrência e direito antidumping. O texto de Márcio Gabriel Plastina Júnior e Leonardo José Peixoto Leal desvenda as possibilidades de aplicação da teoria da *failing company defense* no controle concorrencial de condutas. Por fim, o ensaio de Renan Cruvinel de Oliveira aborda aspectos

polêmicos sobre a responsabilidade solidária entre sociedades empresárias de um mesmo grupo econômico por infrações ao direito da concorrência.

O terceiro eixo de artigos versa sobre as interfaces entre a defesa da concorrência e as formas de regulação setorial. O primeiro artigo da seção, de autoria de Myller Kairo Coelho de Mesquita, analisa a tutela da concorrência no processo de desestatização da execução do serviço público de infraestrutura aeroportuária, especialmente no que concerne à atuação das autoridades públicas competentes, à interação institucional entre elas e à promoção do investimento privado. Já o segundo artigo, subscrito por Levi Borges de Oliveira Verissimo, Dalide Barbosa Alves Corrêa, Pedro Corrêa dos Passos, investiga a racionalidade de atos normativos da Agência Nacional do Petróleo (ANP) que impõem restrições verticais ao mercado de etanol combustível, à luz da lei de instituição da agência reguladora e das normas de defesa da concorrência.

Espera-se que o elevado nível dos artigos veiculados possa contribuir para o avanço das importantes discussões abordadas na presente edição.

Boa leitura a todos

Alexandre Barreto de Souza

Presidente do CADE

New Competition Policy in Argentina

Julián Peña¹

1. Introduction

Competition law in Argentina is going through times of deep transformation since the beginning of 2016 and in less than one year the scenario is very different than the one found until the end of 2015. After many years, Argentina is working hard to return to mainstream with regard to competition enforcement and these changes can be perceived in different fronts.

The change of government in Argentina in December 2015 was a turning point regarding the paradigm of State intervention in the markets and this was translated, among other changes, in the prioritization of competition law enforcement in order to force business to compete more.

These changes have been taken with an unprecedented speed thanks to the combination of various factors, including political will and an existing antitrust community and background which has been forged over many years at the public, private and academic sectors.

2. Background

Argentina is one of the first countries in Latin America to have competition laws. In fact, ever since 1923 Argentina has had anti-monopoly laws (a reform took place in 1943). However, it was in 1980 when Argentina introduced its first comprehensive and modern antitrust regulation (Law No. 22,262). Law No. 22,262 took a less repressive approach and introduced new features, such as the creation of the *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia* (“CNDC”), the rule of reason approach to anticompetitive conducts, and the concept of abuse of dominant position.

Since the enactment of Law No. 22,262 until its major reform in September 1999, antitrust enforcement in Argentina was focused exclusively on anticompetitive conducts. With

¹ He is professor of competition law at the graduate programme of the University of Buenos Aires since 2004 and was visiting professor at the University of Florida in 2009. He has lectured on antitrust and trade issues at various universities and in numerous conferences in Argentina and abroad. Peña is also officer of the International Bar Association’s Antitrust Committee, a member of the International Task Force of the American Bar Association’s Section of Antitrust Law and an international adviser of the American Antitrust Institute. He is author of the book *Merger Control* (2002) and of numerous columns on antitrust and trade law.

the introduction of merger control regulations in Law No. 25,156 of 1999, the CNDC shifted antitrust enforcement mainly towards merger control, with a limited and sporadic cartel activity.

In the meantime, competition law acquired constitutional status through the 1994 amendment to the Argentine Constitution, which in its section 42 states that the federal authorities shall provide for “the defense of competition against any kind of market distortions,” and “the control of natural and legal monopolies.”

Today, Law No. 25,156 governs all competition matters (i.e., cartels, unilateral conducts, and merger control) and its enforcement is vested in the Secretariat of Trade of the Ministry of Production, which is assisted by the CNDC.

During the first 35 years of modern competition law enforcement, but mainly since the 1999 reform, a vast antitrust community of lawyers and economists has been developed at the private, public and academic sectors. Although after the Argentine economic and political crisis of 2002 competition law enforcement was relegated as a political priority and sometimes even strongly misinterpreted, the antitrust community not only survived but it has also grown and strengthened in all areas. The development of this community has been pivotal for the changes that are currently taking place to succeed mainly because his antitrust community has provided many critical human resources for the new government to be able to implement its decision to have a world-class competition regime.

3. New developments

The new government that took office in Argentina in December 2015 from the very beginning made it clear that a sound competition law enforcement was going to be one of its political priorities. Since then various new developments have taken place in the first months of the new administration.

- ***Competition enforcement as a political priority.***

For the first time ever, a President of Argentina announced in its annual speech to Congress that competition law enforcement was going to be one of the political priorities of his administration. When the President of Argentina opened the Congressional sessions on March 1, 2016, he said that one of the goals of the new administration was to “strengthen competition

law enforcement”².

Additionally, in another symbolic gesture, when he appointed the new President of the CNDC there was an oath taking ceremony at the main saloon of the Presidential Palace that was transmitted live on TV and that was witnessed by the entire Cabinet of Ministers and the heads of the Senate and of the Supreme Court. Such a privilege is normally granted only to new ministers and very exceptionally has a lower rank government official received such treatment.

The new government has as its main goal to prioritize the defense of competition as “an instrument to promote consumer welfare and, at the same time, improve productivity and opportunities to enhance economic development ... through the triple P rule: penalise, prevent and promote”³. The 3 P’s stand for: penalising anticompetitive behaviours, preventing concentration, and promoting competition by fostering a competition culture and for establishing pro-competitive regulations.

- *Strengthening of the CNDC.*

In February 2016, Esteban Greco was appointed as the new President of the CNDC. For the first time in over a decade the appointed President has previous antitrust experience and knowledge. Esteban Greco had previously worked at the CNDC first as the Chief Economist and later as Commissioner. Since he left the CNDC he has been a consultant for public and private organizations on competition policy, economic regulation and energy economics. This background allowed him to start the necessary reforms from day one.

Along with him, new commissioners have been appointed. The new CNDC commissioners were chosen by his experience either on the public, private or academic sectors in antitrust or law and economics. The fact that the new team of commissioners were appointed within a very short time frame was helpful in setting up the new team.

In July 2016 a new administrative structure was created by Administrative Decision No. 756/2016 of the Chief of Staff of Ministers of Argentina. This new structure included the creation of directorates for anticompetitive conducts, economic concentrations, legal and economic studies and competition advocacy. The latter is a position that has never existed in Argentina before and it has the challenge of helping create a competition culture in Argentina,

²<http://www.casarosada.gob.ar/informacion/discursos/35651-palabras-del-presidente-mauricio-macri-en-la-134-apertura-de-sesiones-ordinarias-del-congreso>

³ Greco, Esteban M. and Quesada, Lucía – “Argentina: Competition Authority”, The Antitrust Review of the Americas 2017, Global Competition Review, London, 2016, pg. 107.

among other goals.

The CNDC was also empowered to carry-on investigations. By the enactment of Law No. 26,993 in September 2014, the CNDC was totally cleaned of any powers which were totally transferred to the Secretariat of Trade. The CNDC was reduced only to a mere assistant to the Secretariat of Trade with powers only to issue recommendations, opinions, studies and reports, but with no binding effects. Since then, and given that this reform had turned the CNDC into an inoperative body, the Secretariat of Trade issued its Resolution No. 359/2015 granting the CNDC certain investigative powers, though much less powers than the CNDC had before the legal reform of 2014. In July 2016, the Secretariat of Trade issued its Resolution No. 190/2016 replacing Resolution No. 359/2015 and re-established the CNDC with the different powers it historically had.

Lastly, the CNDC also has went through a major internal restructuring of its human resources, hiring new junior and senior economists and lawyers and training them. The training of the new professionals has been handled both internally by senior professionals with strong academic background and also externally through training programs given by either foreign antitrust agencies such as the Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice, or by international organizations such as the World Bank.

- ***Greater international approach.***

The CNDC has substantially changed its international approach in the first months of the new administration. This change reflects the greater government policy of reinserting Argentina in the global scene after years of isolation.

The objective of the CNDC is “to reactivate and increase our links with other agencies as a way to improve our practice and learn from the international experience” since “we can only benefit from sharing methodologies and information with our colleagues around the world, especially as competition cases become increasingly international”⁴.

Within the first months of the new administration, the CNDC has established contacts with its Latin American counter parts, as well as with the agencies of the United States (Federal Trade Commission and Department of Justice), Canada and the European Commission.

The international outreach of the CNDC also included strengthening its relations with

⁴ Greco et al., op.cit., pg. 108.

different international organizations such as the World Bank, the Inter-American Development Bank, UNCTAD and the OECD. This has included, for instance, a training program given by the World Bank to the staff of the CNDC on cartel prosecution in May 2016. In October 2016, the President of the CNDC presided the Group of Experts Meeting organized by UNCTAD in Geneva and in November 2016, the OECD (organization to which Argentina started the negotiations in order to become an active participant of its Competition Committee), held a training programme on competition and public procurement.

The CNDC has also actively participated during 2016 in conferences organized by the Section of Antitrust of the American Bar Association (“ABA”) and by the International Bar Association (“IBA”), events where the CNDC had not participated for many years. Furthermore, the CNDC has expressly requested both organizations for comments to the draft bill reforming the current competition law, even translating the draft bill into English in order to facilitate those comments. In October 2016, both the ABA and the IBA made comments and recommendations for the first time ever to an Argentine antitrust initiative.

- ***New draft bill***

In an unprecedented action, on August 30, 2016, the Argentine Antitrust Commission (“CNDC”) opened a public consultation process for its draft bill reforming its competition law.

The main characteristics of the draft bill include:

- ***Per se hard-core cartels*** – The draft bill establishes that **hard-core cartels are to be considered *per se* unlawful creating an exception to the general rule of reason regime. These conducts would also be considered null.**
- **Reform to the institutional framework** - The creation of an independent agency, the National Competition Authority (the “ANC”), as a decentralized and independent agency within the sphere of the Argentine Government. The ANC’s 5 members would be: a President and 4 commissioners, all of them requiring technical background and suitability. They would have 5 year-terms and can only be removed with certain proper justification.
- **Greater sanctions for anticompetitive conducts** - The implementation of new criteria for the determination of fines, implementing a system based on the business volume of the affected markets, multiplied by the number of years of the duration of the conduct. There would be a limit based on the economic group’s international business volume, taking into account the

previous financial year. Second offences will be subject to a duplication of the fine. The draft bill also eliminates the requirement introduced in 2014 by which the parties had to pay the fines in order to have the right to appeal a fine.

- **Introduction of a Leniency Programme** - The creation of a Leniency Program which would fully exempt from any sanction to the first party that applies for leniency and meets the requirements, and would reduce the fines to those who file later but meet the requirements and provide useful information. The draft bill also contemplates the introduction of a Leniency Plus mechanism by which a party could be benefited in case it provides useful information about another cartel.
- **Changes in merger control** - **The draft bill introduces various changes to the existing merger control system, including** the implementation of a pre-merger control regime; the update and modification of the notification thresholds which were established in pesos in the 1999 reform (since then the peso was devaluated more than 15 times vis-à-vis the U.S. dollar) and the methods used for their calculation; and the introduction of a fast track mechanism for certain transactions.
- **Damages actions** – **The draft bill** allows for damages suits as a consequence of infringements to the competition regulations.
- **Judicial review** - The draft bill would create the National Antitrust Court of Appeals, which would act as the competent court in matters regarding appeals to the ANC's decisions.

On September 27, 2016, the government announced that it would merge its draft bill with the ones prepared by two deputies of the ruling coalition *Cambiamos* (Mario Negri and Elisa Carrió). During the month of October 2016, the joint draft bill was under review introducing also the suggestions received from different organizations both local and foreign. Therefore, by the time this chapter is written, it is not possible to provide a deeper analysis of the new draft bill since it is still under construction.

- ***Competition advocacy***

In April 2016 the CNDC launched eleven market investigations with the objective of assessing the competitiveness conditions in sectors highly concentrated and with significant impact on production and consumption. Markets under investigation included that of milk; meat; laundry detergent; cooking oil; mobile communications; credit cards; air and ground passenger transportation; steel, aluminum; and petrochemicals.

On August 29, 2016, the CNDC released the results of the credit cards and electronic payment methods market investigation (the “CNDC Report”). The CNDC concluded that in the investigated market there is a lack of competition and transparency, with high commissions, a technological delay, and a dominant position held by Prisma Medios de Pago S.A. (Visa Argentina).

As result of the investigation the CNDC Report issued regulatory recommendations to the Central Bank of Argentina and the Secretary of Trade, including the proposal of some amendments to the current Credit Cards Law, in order to guarantee competition and enhance the alternatives of financing commerce and consumers. Additionally, the CNDC Report recommended the Secretary of Trade to initiate an antitrust investigation against Prisma for alleged abuse of dominant position and to its shareholders (14 banks, both private and public) for the existence of an alleged cartel.

According to the CNDC Report, credit cards and electronic payment methods market shows certain concerns as lack of competition in consumption financing, lack of transparency (closed financing cost), high commissions for big shops and technological retardation, as there is an evidenced delay in the introduction of electronic payment methods.

With that purpose, the CNDC Report recommended the Central Bank of Argentina to generate competition in the card acquisition market; to eradicate the restriction to commission differentiation; to promote competition in consumption financing; and to make product prices and financing conditions more transparent.

4. Conclusions

Since the change of government of Argentina in December 2015 there have been many new developments in the area of competition. Competition enforcement has received political support from the highest government officials; the CNDC was completely renovated with professionals with experience in the areas of antitrust or law and economics in the private, public and academic sectors while also receiving back the powers that were taken away in 2014; a more international approach has been taken by the authorities; competition advocacy was introduced in the agenda; and a draft bill reforming the law in order to modernize it was launched.

It is still early to make a proper assessment as to how antitrust enforcement in Argentina will evolve with respect to anticompetitive conducts and merger cases. However, the many

steps already taken on the right direction help foresee the future evolution in an optimistic manner. The new changes added to the vast experience and the existence of a strong antitrust community, is a good combination that will help Argentina to be back as a prominent player in the global competition map sooner than later.

Exchanges of Information in Competition Law: The Chilean (Incipient) Experience

Javier Tapia⁵
Vanessa Facuse⁶

1. Introduction

This chapter describes exchanges of information between competitors in the Chilean case-law and practice. Its main aim is to describe the rules competition authorities have provided in the few cases that have dealt with this topic so far and sketch some possible conclusions for the future enforcement in the country and (possibly) other Latin American jurisdictions. Also, it gives a brief account on the relevance of different types of information and market structures for analysing a case.

Information exchanges are ubiquitous in oligopolistic markets. It is very common that firms exchange data on prices, quantities, capacities of production, demand, costs and others – albeit not necessarily directly. This situation presents a potential dilemma for competition systems and authorities. For the lawfulness of an exchange depends on its purpose. Therefore, the scrutiny of information exchanges depends on the eye of the beholder.

On the one hand, exchanges of commercially sensitive information (first and foremost prices or quantity) can be functionally equivalent to a cartel. They lie at its heart, being its “operative part”, even if there is no “promise” to act in certain way (Wagner-Von Papp, 2013). For instance, the mere knowledge of current or future prices may be a very good substitute for cartel conduct, since it allows to monitor deviations and apply punishments. In practice, most cartels include this kind of exchanges between their members. Indeed, they are illegal (*per se* illegal in those jurisdictions that embrace such rule), because they are a mere support of illegal

⁵ Javier Tapia is currently Judge of the Chilean Competition Tribunal (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile or TDLC) and academic of the Postgraduate School at the Universidad de Chile, School of Law. He also teaches in other universities in Chile and abroad. Javier holds a law degree from Universidad de Chile, School of Law; a PhD from University College of London, UK; an MSc. in Regulation from The London School of Economics and Political Sciences, UK; and a Diploma in Torts from Universidad de Chile. Javier is the corresponding author: jtapia02@gmail.com

⁶ Vanessa Facuse is former Head of the Litigation Division at the Chilean Competition Agency (Fiscalía Nacional Económica or FNE). She teaches competition law in the MBA program at Universidad Diego Portales. Vanessa holds a law degree from Universidad de Chile, School of Law, a Master in IT Law and Telecommunications from Universidad de Chile, and a Diploma in Administrative Law from the same university.

The views presented in this chapter are the authors' solely and do not necessarily represent those of the TDLC, the FNE or the persons that work in them.

All translations from Spanish texts, including official documents, has been done by the authors. In some cases, the actual text may have been slightly altered to keep its true meaning.

conduct.⁷ On the other hand, “pure” exchanges of information about market conditions may even be beneficial if firms behave competitively. In fact, nearly every legitimate, pro-competitive cooperation agreement between competitors involves some level of sharing of key information. As Bennett & Collins (2010: 311) have stated, “[m]any sectors of our economies now depend upon ready access to detailed information and some firms have made information their business”. In these cases, the lawfulness of information exchanges should be out of question.

In the middle the outcome is not clear at all –not even for experts.⁸ In this grey area, “residual” exchanges of (certain) information have the potential for harm market outcomes *by themselves*, and are potentially anticompetitive regardless whether the participants in the exchange are deemed guilty of cartelisation through direct means. The question is whether the fact that some information exchanges are a mere support of cartel conduct justifies a general hostile treatment towards most residual information exchanges –or the general perception of suspicion that seems to be common amongst authorities. The identification of licit and illicit exchanges of information is then crucial to combat collusion, but also essential to allow the normal functioning of business.

Competition authorities worldwide need to decide on the most suitable rules and guiding principles that allow discerning between lawful and unlawful conduct.⁹ This objective is particularly relevant in Latin American, where exchanges of information between competitors are ubiquitous. This is due to several reasons. First, the degree of concentration in most industries remains high. Oligopolies are (or have been until fairly recently) largely dominant in many markets¹⁰, as a result of a long tradition of state-controlled economies combined with social conflicts and resentments¹¹ and/or various concerns about ‘too much competition’. Second, there are powerful interests that have strong political power. It is extremely difficult to go against these ruling elites. Threat of entry is fairly limited in both tradable and non-tradable

⁷ In this sense, see the EU Commission decisions in *Fasteners and Attaching Machines* (2007) (upheld in *Prym*, 2009) and *Gas Insulated Switchgear* (2007) (partially upheld on appeal in *Areva*, 2014). In the literature, see Whish (2009) and Posner (2001).

⁸ Quoting Bennett & Collins (2010: 312) again: ‘Ask a consumer lawyer the main problem with information, and he or she might reply that firms do not disclose enough of it and there is often too little transparency in the market for consumers to make informed decisions. However, ask a competition lawyer the same question and he or she might reply that firms disclose too much of it, with too much transparency limiting competition and harming consumers. Then, of course, if you ask an economist, the answer is too often “it depends” –an answer that may be true, but not one that is particularly helpful for legal certainty of for business’.

⁹ Many competition authorities have issued guidelines on the topic, including some in Latin America. See, e.g. COFECE’s “Guía para el intercambio de información entre agentes económicos” (Mexico).

¹⁰ At least in principle, oligopolistic markets are more prone to cartelization. This insight began with Stigler (1964), but there is literature offering empirical support.

¹¹ Gerber (2010).

sectors.¹² Particularly in the latter, there is no credible threat, since financing is not readily available for new entrepreneurs outside these concentrated groups.¹³ Third, with the exception of a few countries where competition policy has become an important part of the rules of the game, support for competition as a ‘value’ is weak – particularly amongst governments and political leaders, but also amongst business communities. Competition is seldom seen as the best path to enhance productivity and achieve prosperity and economic progress. Conversely, ideological reasons and historical anti-market traditions still play a role, making industrial policy and control over the wider economy a favourite amongst many governments.¹⁴

Despite important macro- and microeconomic advances, Chile is not entirely exempt from this reality. Oligopolies and market concentration are still a significant source of concern. So it is information sharing. Auspiciously, authorities have started providing rules and guidance on the topic and thus providing helpful clarification on how firms should address the effects of their information sharing. But there is still a long way to go. As we will show, most cases are clear-cut: the exchange of information allows to support straight cartel behaviour. Nonetheless, these type of cases have served for the purpose of drawing a line between lawful and unlawful conduct in a context of high scepticism of competition outcomes. At the same time, few cases and guidelines have allowed to sketch rules for dealing with residual exchanges of information. All in all, current Chilean stage of development seems appropriate to draw some lessons from this initial experience.

The remaining of the chapter is organised as follows. Part 2 describes the Chilean legal and institutional framework. Chile has a broad provision condemning anti-competitive conduct, with subsections giving some more detail as to the different types of conduct covered. Also, since the Chilean institutional structure is somewhat unusual within the international context (having a separate agency that investigates and prosecute, and a tribunal that makes actual decisions on cases), it is worth to give a quick reminder thereof before embarking in the analysis of the exchanges of information. Part 3 offers an account of the main cases where information exchanges have been a central part of cartels. Such exchanges have allowed to sustain collusive behaviour and, therefore, have been an important part of the evidence taken into account to condemn. Part 4 refers to residual exchanges. Despite the fact that these exchanges have been at the centre of only a handful of cases (mostly indirectly), both the tribunal and the agency

¹² Indeed, in some sectors the threat of entry may come from imports – especially in some countries with very open economies, such as Chile or Panama (on the latter, see OECD 2011, highlighting openness with respect to the Panamanian economy).

¹³ Khemani & Carrasco-Martin (2008).

¹⁴ Historically, import-substitution policies were common in Latin America between the 1950s and the 1980s.

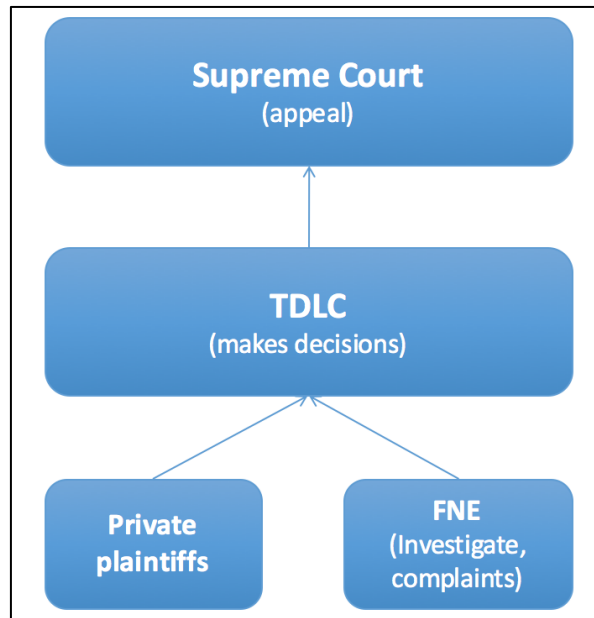
have developed important rules and principles that now generally frame them. Part 5 summarises the main ideas of the chapter.

2. The institutional and substantive framework

2.1 The institutional framework

In Chile, rules and principles governing exchanges of information are given in an institutional structure that is somewhat unusual within the international context. Its most prominent feature is the presence of two completely separate institutions in charge of enforcing competition laws: an administrative body (the FNE) that investigates and prosecutes, and a specialised judicial tribunal (the TDLC) that makes decisions. The structure is summarized in Figure 1. Since the main characteristics of the system have been described in full detail in other accessible documents¹⁵, we only refer here to their most salient aspects.

Figure 1: *Chilean competition defence system*



Source: Authors' creation

Both the FNE and the TDLC are independent. On the one hand, the FNE is headed by

¹⁵ See, e.g., OECD (2010) and Wise (2003).

the National Economic Prosecutor, who must be a lawyer by profession and is appointed by the President of Chile after a public contest handled by the special State agency in charge of recruiting high-level public officials. The Economic Prosecutor may only be removed by cause and subject to a prior motion at the Supreme Court.¹⁶ On the other hand, the TDLC is headed by a President (a lawyer with experience in competition law) and has another four expert members (two economists and two lawyers, also experts on competition). The five members are appointed for fix six-year terms, renewable once. All the five members attend hearings and vote on decisions.

Investigations can begin either through receiving a complaint or through FNE's own initiation. After that, the FNE have extensive powers to investigate.¹⁷ The FNE does not have a time limit to investigate, besides a somewhat similar rule stipulating a statute of limitations of five years for collusion cases and three years for other conducts. The results of an investigation may be an administrative decision closing the investigation; a report to the TDLC in a proceeding, in which the TDLC asks for the FNE's opinion; or an *ex-officio* complaint (*requerimiento*) seeking a fine or other remedy.

Besides investigations, the FNE fulfils an important advocacy role, stated in the Competition Act¹⁸ laconically as “promoting competition”. Although the Act does not specify how this task should be accomplished, the common understanding is that the FNE may, among others, issue non-binding guidelines highlighting the benefits of competition in a specific area or market. Some of these guidelines, such as the “Trade Association Guidelines” or the “Guidelines for Compliance” have played a crucial role in developing rules and principles for exchanges of information –particularly since the TDLC started embracing them in cases.

Before the TDLC, there are two main procedures, adversarial (which ends by “Judgements”) and non-adversarial (which ends by “Decisions”), both initiated when the FNE or a private party files a complaint.¹⁹ Only adversarial procedures may lead to sanctions. Conversely, non-adversarial procedures may only lead to recommendations and the setting of

¹⁶ According to the Competition Act, the FNE is ‘*a decentralised public service, with legal status and own assets, independent from any other agency or service*’ and the Economic Prosecutor is directed by law to ‘*discharge his duties independently*’, to ‘*defend the interests entrusted to him [...] based on his own discretion*’ and to represent ‘*the general economic interests of the community*’. Only for budget purposes, the FNE is part of the Ministry of the Economy.

¹⁷ It can compel the production of documents and the co-operation of public agencies, state owned companies, firms and individuals. It can also summon anyone with potential knowledge of an infringement to testify as a witness (including the defendant's representatives, managers and advisors); to inspect the premises of the investigated entities on a voluntary basis; to conduct search and seizure of company premises (so-called dawn raids); and do wiretapping. Dawn raids and wiretapping require authorisation from the TDLC and the issuance of an order from a judge of the Court of Appeals.

¹⁸ D.L. N° 211/1973, as amended.

¹⁹ On abuses of dominance cases, antitrust private litigation has generally been more active than public litigation.

some conditions for future acts or contracts. Regarding sanctions, the Competition Act allows the TDLC to impose fines and/or behavioural or structural remedies. Orders can amend or eliminate anticompetitive acts, contracts, agreements, schemes or arrangements in violation of the Act.²⁰ The TDLC can also order divestiture or dissolution of partnerships, corporations or business companies whose existence rests on anticompetitive arrangements. Administrative fines may be imposed upon the infringing legal entity and on its directors and managers and persons who participated in the infringement. According to the current version of the Competition Act²¹, the amount depends on the financial benefit received from the infringement, the severity of the breach and the offenders' recidivism. The maximum fine is 30.000 "annual tax units" (approx. US\$25 million) for cartel offenses and 20.000 annual tax units (approx. US\$20 million) for other infringements.²² The Act also gives the TDLC the faculty to propose Executive amendments to the legislation.²³

On top of the system lies the Supreme Court of Justice (the highest court in Chile). Final decisions of the TDLC are subject to its judicial oversight under a special recourse called "complaint recourse" (*recurso de reclamación*). The scope of the review is not defined in the act, but the Supreme Court has interpreted it in the broadest possible terms, comprising questions of law, policy or fact²⁴, and, on occasions, even substituting its judgment for that of the TDLC.²⁵ That means the recourse has functioned in practice as an appellate review.

²⁰ For example, mandatory requests to modify internal procedures were made to private dominant firms in *GTD/EFE* (Decision 76/2008) and *Atrex/SCL* (Decision 75/2008).

²¹ At the time of writing this chapter, the Act is about to be modified significantly. Among the main changes are the inclusion of incarceration for collusion and new fines. These will be either the double of the economic benefit of the offender, 30% of the sales, or up to 60,000 tax units when the previous two cannot be calculated.

²² Tax units are a special monetary measure of value used by the legislation to keep the value of sanctions, exemptions, tax purposes and others, in line with inflation.

²³ Chilean Competition Act, article 18.3. The TDLC has used this faculty in several cases. For example, in both *Transbank I* (Judgement 29/2005) and *CCS I* (Judgement 56/2007), the Chilean TDLC recommended the sectoral regulator (in both cases the financial authority) to apply the corresponding norms and regulations (!). Likewise, in *Lan Airlines* (Judgement 55/2007), the TDLC proposed 'the regulatory changes that were necessary and suitable to favour competition' to be introduced by the customs agency; instructed the FNE 'to keep watch the functioning of the airfreight transport market and the custom warehousing market'; and ordered the dominant firm 'to restructure its tariffs for airfreight transport' (it also imposed several other regulatory measures to the dominant firm).

²⁴ Commenting on the nature of the *reclamación*, the Supreme Court has stated that it has jurisdiction to 'fully' review all the grounds considered by the TDLC, 'including the legal and economic analysis that allowed it to reach the decision it took' (Supreme Court, *Consulta de Subtel sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzada*, Rol 4797-2008, Decision of 27 January 2009, C. 6°).

²⁵ The most salient case on this is *Hardie*, where the Court sustain a textualist approach to article 3 "c" of the Chilean Competition Act (see Supreme Court, *Producción Química y Electrónica Químel S.A. contra James Hardie Fibrocementos Limitada*, Rol 3449-2006, Decision of 22 January 2007).

2.2 The main substantive provisions

Besides the institutional structure, legislation governing competition has its own particulars. As in other legislations, the Competition Act does not refer specifically to exchanges of information. However, the Act is unusually broad – both in terms of objectives and substantive provision.²⁶ On the one hand, article 1 states that the purpose of the Act ‘[...] *is to advocate and defend free competition in the markets. Affronts to free competition in economic activities will be corrected, prohibited or repressed in the manner and with the sanctions provided in this law*’. This is supplemented in article 2 by the mandate to competition authorities to ‘*to enforce the present law to safeguard free competition in the markets*’. Beyond these general statements, no explicit objectives are stipulated.²⁷

On the other hand, the substantive provisions are contained in Article 3, which indicates that

Any person that enters into or executes, individually or collectively, any action, act or convention that impedes, restricts or hinders competition, or sets out to produce said effects, will be sanctioned with the measures mentioned in article 26 of the present law, notwithstanding preventive, corrective or prohibitive measures that may be applied to said actions, acts or conventions in each case.

The following will be considered as, among others, actions, acts or conventions that impede, restrict or hinder competition or which set out to produce said effects:

- a) Express or tacit agreements among competitors, or concerted practices between them, that confer them market power and consist of fixing sale or purchase prices or other marketing conditions, limit production, allow them to assign market zones or quotas, exclude competitors or affect the result of bidding processes.
- b) The abusive exploitation on the part of an economic agent, or a group thereof, of a dominant position in the market, fixing sale or purchase prices, imposing on a sale of another product, assigning market zones or quotas or imposing other similar abuses.

²⁶ OECD (2010).

²⁷ As a consequence, for a number of years before the creation of the TDLC, freedom to compete was considered more important than efficiency (OECD, 2004). This may be explained by the wording of the law and a formal approach to the conducts. However, although some commentators still advocate this or other objectives, the most recent case-law has explicitly mentioned consumer welfare in a number of particular decisions. This has been reflected in more efficiency-oriented decisions.

- c) Predatory practices, or unfair competition, carried out with the purpose of reaching, maintaining or increasing a dominant position.

As article 1, article 3 is general, broad and flexible. Its first paragraph generally provides that any deed, act or agreement (including a contract) that prevents, restricts or hinders free competition or tends to do so, is subject to sanctions under law. Although subsections in the second paragraph specifically refer to the traditional categories in competition law, they provide only illustrative detail.²⁸ For this reason, in practice many cases are brought by parties or the FNE under the first paragraph.²⁹ Indeed, direct ruling on information sharing may easily be framed within that paragraph.

2.3 The concept of agreement in Chilean competition law

An important substantive aspect for the analysis of exchanges of information is the concept of agreement adopted in each legislation and/or the case-law. For there must always be an agreement to sanction collusion or equate an exchange of information to a collusive conduct. It is not enough that a firm obtain information –let’s say– from the press or direct discussions with consumers or purchasers. Consequently, the concept of agreement becomes crucial. That concept must be broad enough to include a broad range of practices that may not account for direct cartelisation.

Although to some extent the Competition Act facilitates a wide approach to cartels – given the broadness of article 3^o and its reference to “*express or tacit agreements among competitors*”³⁰, until fairly recent the TDLC had not ratified the broad understanding of the provision. This was done in *Ginecologos*³¹, in 2015. In that case, the Tribunal explicitly

²⁸ Note that the categories in the second paragraph are closer to the competition provisions of European Law than the Sherman Act. This fact, along with the existence of paragraph one, shows that despite its old American origins, Chilean competition law currently is far from being a mere ‘transplantation of American antitrust and Chicago School of Economics’ adapted to the local context, as some have mistakenly argued (e.g. Bauer, 2011). Moreover, most substantive standards are far away from those proponents of the Chicago School.

²⁹ This produces some important procedural differences (particularly in collusion cases) and, to some extent, has curbed more refined developments on the interpretation of the provision. These aspects, however, go beyond the scope of this work.

³⁰ For this reason, the well-known “Turner-Posner debate” in the US has not had echoes in Chile. See also Kaplow (2013)

³¹ *Ginecologos* (Judgement 145/2015). In this case, the TDLC declared that a local Gynaecologists’ Trade Association and several of its members engaged in price fixing infringing the Competition Act. The case started by a complaint filed by the FNE, which provided evidence of an agreement among the doctors, through their professional association, to steadily increase the price of the gynaecologists’ medical consultations and surgeries in the local geographic market. The cartel worked at least during the period January 2012 to October 2013. The TDLC fined both the doctors and the association, and ordered the latter

embraced –for the first time– a concept of agreement, and did it in a manner that allows the sanctioning of unlawful exchanges of information that goes beyond formal “legal” agreements. Citing Areeda and Hovenkamp (2003), the tribunal stated that

*“as it is known, in competition law the term ‘agreement’ is considered in a very wide manner, including a multiplicity of contractual forms, conventions, mere preliminary discussions, promises, collaboration agreements, gentlemen agreements, conduct guidelines, memos, among others [...]. The agreement may be oral, or may manifest itself in one or more documents or even in a series of material acts. In general terms, the suppression of the individual will of two or more competitors and its change with a collective will that unifies their decisions is, in competition law, considered an ‘agreement’, whatever the form it may take”.*³²

3 Exchanges of information as support for cartel behaviour

In Chile, there have been three recent and important adversarial cases where information sharing played a relevant role in allowing competitors to engage in –and sustain– explicit coordinated behaviour. That is, information exchanges were part of hard-core cartels. In two cases the information was managed by a trade association, which was condemned along with the cartel members. Whereas the first case was based on information on quantities, the second one was centred on prices. In the third case, multimarket contacts between the firms facilitated the exchange of commercially sensitive information.

3.1 Exchanges of information on quantity

The first case was based upon information sharing of quantity. Information on quantity is highly sensitive for the competitiveness of the firms interacting in the market. For quantity may be indicative of a number of variables that, if known by competitors, may affect the commercial strategy of the firm. Among them are the rate of growth of the firm in the market (stagnation, moderate growth, rapid or aggressive growth, and so on); its targets of future growth; its capacity of production or storage; the amount of sales to third parties; and the product lines in which the firm may want to concentrate its production or sales (therefore its

to implement a compliance programme following the FNE Guidelines on the topic. The FNE had requested the dissolution of the association, but the TDLC dismissed the request. However, on appeal, the Supreme Court ordered the dissolution.

³² *Ibíd.*, para. 5°.

growth). Furthermore, depending on the amount information revealed, quantity may provide a fair account of the level of integration of the firm (therefore its level of production) or the actual purchases it makes to third parties (including imports). Likewise, information on quantity may be useful to infer or directly know the market share of the firm and possible that of its competitors –particularly if the estimated total sales in the market are also known.

In *Pollos*³³, three producers of poultry meat (*Agrosuper*, *Ariztía* and *Don Pollo*) agreed on the tons of poultry meat to be produced and sale in the local market, and assigned markets shares to each of them in the market of production and commercialization of poultry. The three firms produced more than 80% of the poultry meat in Chile. The agreement was implemented through the Poultry Producers' Trade Association (APA, for its Spanish acronym), who acted as monitor and coordinator of the cartel. Notably, the association was formed exclusively by the firms involved in the cartel. The TDLC condemned *Agrosuper* and *Ariztía* to pay the maximum fine, whereas *Don Pollo* was fined nearly US\$10 millions. The TDLC also ruled the dissolution of the APA, among other measures. The Supreme Court upheld the judgment.

The TDLC established the agreement through emails and other evidence of explicit coordination seized by the FNE. There was enough evidence in the process to prove that the firms were acting jointly to define certain level of production and, consequently, keep the prices of poultry meet within certain range agreed. The sharing of sensible information was crucial to keep the internal stability of the cartel. One of the main roles of the APA was to forecast future poultry demand and disseminate the results among the members. During the whole period of cartelisation, the agreement was yearly controlled and adjusted by the APA, which “suggested” quantities, the killing of chickens, or other mechanisms to keep market shares within the commonly established levels. The TDLC recognised that all the process was done in an implicit and imperfect way, given the complexities for forecasting the demand function in the market. However, the cartel was successful for a long period of time – almost 15 years. The role of the association was not only make the information verifiable, but also increase the level of trust necessary to sustain the collusive behaviour.

3.2 Exchanges of information on prices

In another cartel case the agreement was mostly based upon the direct sharing of

³³ *Pollos* (Judgement 139/2014).

information on prices. Generally, these types of exchanges are treated harshly, because they tend to produce uniformity or high interdependency of prices in the market. Note that it is not necessary that two firms expressly agree on prices. The sole fact of giving or acquiring information on prices is enough to equate the exchange to price fixing. This is certainly the case under US antitrust laws. As the US Supreme Court said in *Gypsum* (1978), the direct exchange of price information between competitors has the highest potential to generate anticompetitive effects –particularly if there are other suspicious circumstances.³⁴ In EU law, the tenet is that positive steps must be adopted in order to avoid engaging in such exchanges. It is not enough not to act according to an agreement or remain silent in a concerted practice. A firm must show “public distance” of the meetings leading to the agreement. Otherwise, other members might understand that it agrees with them and will participate in the agreement.

Two caveats apply. First, the *per se* rule does not apply against exchanges of price information (unlike cartels in many jurisdictions).³⁵ Despite the fact such exchanges can be considered unlawful even when only one firm provides the information, there must always be an effect on prices. However, the effect is presumed. The sole ability to produce such an effect is enough to condemn, unless the defendant is capable to rebut the presumption of illegality.

The second caveat is that direct exchanges of information on prices may refer to different contents. The main reason is that, as Lafontaine & Slate (2013: 958) indicate, “many market transactions do not take place in arm’s-length spot markets but instead are governed by long- or short-term contracts”, which can take innumerable forms. The clearest case is the sharing of the level of actual prices – that is, prices actually used between a seller and its purchasers. Since these prices are a significant element of the costs structure of the buyer and hence may reveal important information on its margins and costs, this kind of sharing is a main source of concern for competition. Also, actual prices are a central part of the competitive advantage of any firm. For depending on the level of known information, actual prices may show a low-cost strategy, one based on product-differentiation, or any other one chosen by the firm.

Another subset of exchanges of information on prices is the sharing of (contractual) pricing or tariff structures. For instance, the actual price in a contract may not be established in first place, but be dependent on the costs of the product plus certain mark-up. A rather similar

³⁴ *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978).

³⁵ In the US law, see *Citizens & Southern National Bank* (1975) and *Gypsum* (1978). In EU law, see *UK Agricultural Tractor* (1992), affirmed by the ECJ (*John Deere*, 1998).

structure may be based on margins or discounts. Conversely, the actual price in a contract may be based on a single, fix-price according to a pre-determined amount of product. In this case, the price is entirely independent of the cost. Other examples of pricing structures are the well-known contracts with two-part tariffs (generally, a fix amount plus an amount per unit) and the so-called shared-contracts. The specific structure varies on a case-by-case basis, depending on the level of risk each party must bear; the trust between the parties; asset-specificity; the level of the technology; and the incentives to control, among others. Pricing structure may be indicative of any of these variables.

3.3 Multimarket contacts

It may be the case that competitors have multimarket contacts, increasing the chances for sharing information and the possibilities of engage in anticompetitive coordination. In *Asfaltos*³⁶ the FNE filed a complaint against four firms accusing them of bid-rigging public tenders and private requests for bids. The firms assigned contracts among themselves for the provision of asphalt and other derivative products for road construction. The firms were found guilty in some of the accused cases, but there was no proof to condemn in all of them. The TDLC fined three of the competitors (*ACH*, *Dynal* and *QLA*), and the fourth (*ENEX*) benefited from the leniency programme. Also, the Tribunal imposed the obligation to each firm of implementing compliance programmes.³⁷

In its judgement, the TDLC acknowledged the possibilities for multimarket contacts between the firms. In para. 19 it stated that

*along with the reduced number of competitors in the industry, it is not controversial that they have a number of commercial and property relations, which can be summarised as follow: i) ACH and ENEX jointly own Conosur, firm through which they control the port located in Ventanas, where they import asphalt as raw material; ii) Dynal and QLA own approximately 49% of ACH; iii) the four accused firms are, jointly with Probisa, owners in equal parts of DASA, firm through which they managed the supply of asphalt they obtain from ENAP [a Chilean producer]; iv) there are production agreements for specific products between the firms; and v) there are sales of raw materials between them.*³⁸

4. “Residual” exchanges of information

³⁶ *Asfaltos* (Judgement 148/2015).

³⁷ At the time of writing, an appeal was pending before the Supreme Court.

³⁸ Also, the TDLC acknowledged that the numerous meeting the competitors in hotels, restaurant and cafes was an abnormal business situation, regardless the multiple commercial relations the parties had.

As mentioned, residual exchanges of information –those that are not part of a cartel or price agreements in themselves– are more complex to qualify. It is important to remark, once again, that in many contexts such exchanges are part of normal business relations.³⁹ They include sharing of accounting information (e.g., accounting methods or ways to keep the accounts of a firm), exchanges of technology, research and development, contractual aspects (e.g., standardisation of contracting forms), credit information or historical information about consumers, among others. These exchanges may be beneficial for firms, particularly in markets where the nature and extension of publicly available information is limited.⁴⁰ Moreover, such exchanges may also be beneficial for consumers when they enhance transparency in the market. And they may even be positive for competition if they promote entrance of new firms to the market (Teece, 1993). However, residual information sharing does have a collusive potential. For it may act as platform for oligopolistic coordination.⁴¹ Therefore, these exchanges must be judged in the context of a thorough market analysis, taking into account the specificities of the exchange and the type of information shared.⁴²

All of the above necessarily implies a case-by-case analysis. In order to establish whether an exchange of information between competitors may affect competition, the sole analysis of the nature of the information is insufficient. For the information exchanged cannot be considered in vacuum. It is crucial to analyse it in a specific context – i.e., considering the structure and characteristics of the relevant market where the exchange takes place. Compare, for instance, the volume of information exchanged in stocks markets with the volume

³⁹ As Whish (2009: 525) indicates, benchmarking increases efficiency. Competitors cannot compete in a statistic vacuum. The more the information they have on market conditions, demand quantity, capacity levels and investments plans of rivals, the easier the taking of decisions on production and the adoption of rational and effective marketing strategies. This is particularly true in the case of firms producing homogeneous products.

⁴⁰ Between rivals, exchanges of information may, for instance, contribute to eliminate possible adverse selection and moral hazard concerns that may be present in some industries. Also, they may facilitate fast convergence to an equilibrium point in non-durable commodity markets.

⁴¹ For instance, see the European cases of the EU Commission *Re Cimbel* (1972) (condemning the obligation of informing plans of capacity enlargements to competitors); *Zinc Producer Group* (1984) (condemning the obligation to inform investment plans); *Steel Beams* (1994) (objecting exchanges of information on request and purchases); y *EATA* (1999) (objecting exchanges of information on capacity and percentages of use, and capacity forecasted).

⁴² As stated by the ECJ in *Asnef-Equifax* (2006): “According to the case-law on agreements on the exchange of information, such agreements are incompatible with the rules on competition if they reduce or remove the degree of uncertainty as to the operation of the market in question with the result that competition between undertakings is restricted (*John Deere v Commission*, paragraph 90, and *Case C-194/99 P Thyssen Stahl v Commission* [2003] ECR I-10821, paragraph 81)” (para. 51). “[...] the compatibility of an information exchange system, such as the register, with the Community competition rules cannot be assessed in the abstract. It depends on the economic conditions on the relevant markets and on the specific characteristics of the system concerned, such as, in particular, its purpose and the conditions of access to it and participation in it, as well as the type of information exchanged — be that, for example, public or confidential, aggregated or detailed, historical or current — the periodicity of such information and its importance for the fixing of prices, volumes or conditions of service” (para. 54). Although the judgement refers to two previous cases: *John Deere* (1998) and *Thyssen Stahl* (2003), the first precedent in the subject is *Suiker Unie* (1975).

exchanged in the market for artworks. Also, as the literature has pointed out, there are some market structures that make collusive behaviour and unlawful information sharing easier. The analysis therefore depends on a number of factors that interact with each other and vary on a case-by-case basis. For this reason, any general guidance is necessarily of limited value.

3.4 Market structures and characteristics of the information

The vast number of punishments as well as the variety of forms that cartel can take makes it easier for firms to collude in certain industries. The question is how easy collusion is. Unfortunately, there is scarce economic evidence (at least in our knowledge) clarifying the manner in which some industries will coordinate around a collusive equilibrium and which one this equilibrium shall be. The only aspects possible to analyse, as proxy, are the market characteristics that shall affect the probability of collusion in an industry. This one is associated to a relatively large number of factors affecting the sustainability of the coordination. Generally speaking, those factors may be structural, related to the demand, related to supply conditions, and other “unclassifiable”.

Some structural features of market may facilitate anticompetitive coordination. First, *ceteris paribus*, the lesser the number of firms, the higher the probability of collusion – particularly tacit collusion.⁴³ This is not only due because it is easier for firms to coordinate behaviour, but also because potential punishments for deviations become more credible and effective.⁴⁴ Conversely, as the number of firms increases, gains from collusion (in the long-run) decrease and gains from deviations (in the short-run) increase. Second, entry barriers are another relevant factor.⁴⁵ Coordination is more likely to occur when there is no entry of firms whose behaviour is unknown by the incumbents (for instance, the risk of hit-and-run strategies is lower). However, entrance by itself is not a sufficient condition to break coordinated

⁴³ The idea is intuitive. However, some studies hold it. Huck *et al.* (2004) argue that anticompetitive effects are more likely in duopoly markets and less likely in oligopoly markets with more firms. In a study on the groceries market in the UK (CC, 2008), the former Competition Commission held that “*Increased concentration in the groceries supply chain may make collusion more likely. The exchange of information between retailers via their suppliers is simpler when there are fewer suppliers of a particular product or category [...]*” (§8.10). Note that even though there is a legitimate objective in principle, the dangers for competition are still present: “*This consolidation has been encouraged by grocery retailers to some extent which have sought to reduce costs by reducing the number of suppliers that are used in each product category [...]. If this continues, such consolidation may make collusion easier to undertake*” (§8.12).

⁴⁴ Nonetheless, the number of participant in the market is not relevant. There are “benign” oligopolies for competition. The centre of the concern for competition remains market power. If *prima facie* few competitors facilitate coordination, the identification of such situation with market power is far from being a mere “accounting” exercise.

⁴⁵ There is a longstanding debate in competition law regarding entry barriers. The main antagonistic positions are those of Bain (1954, 1956 y 1968 [1959]) and Stigler (1968).

behaviour, because this depends largely on the credibility of the incumbents' reaction.⁴⁶

A third structural factor is the degree and frequency of interactions between firms during a period of time.⁴⁷ Frequent interactions allow fast reactions to deviations. The same idea applies to the frequency of price adjustments: more frequent price adjustments allow a faster application of punishment. Hence no maverick firm can profit from deviations for a long time. Note that it is not relevant whether firms sell or produce the product in each period or in some of them, but the frequency of interactions and price adjustments. If firms do not interact or are not capable of adjusting their prices fast, collusion is improbable, because punishment is not credible.

Finally, transparency is another central structural feature that may facilitate anticompetitive coordination (Stigler, 1964; Green & Porter, 1984; Abreu *et al.*, 1986). Transparency allows to identify deviations easier. If prices are not observable or cannot be inferred from market data, sustainability of coordination becomes difficult.⁴⁸ Lack of transparency makes difficult to monitor a cartel. In case of tacit collusion, it makes more difficult to figure out whether price adjustments are due to new market conditions or deviations. Therefore, it is crucial to analyse all the features from information sharing: its nature⁴⁹, how easy is to obtain it, and so on.

A second group of factors that may facilitate coordination is related with demand conditions. Generally speaking, coordination is easier to hold if the market is growing –that is, if actual profits are lesser than future expected profits.⁵⁰ Conversely, in declining markets (or markets that are about to collapse) sustaining coordination is more difficult due to scarce expected profits. Indeed, this conclusion may sound counter-intuitive. Demand growing is commonly seen as a factor that makes collusion more difficult. However, this depends on entry barriers: if they are low, collusion is unlikely. But the isolated effect of the growth of the market is the aforesaid.

⁴⁶ Note that it is not necessary for the entrant to enter the market on equal terms with the incumbent. The sole entrance is relevant. As the then Court of First Instance said in *Airtours* (2002: ¶213-14), the issue is not whether a small player can reach the size necessary for it to compete effectively with an oligopoly by challenging the incumbent firms for their places as market leaders. Rather, it is a question of whether a number of small players already present on the market, taken as a whole, can respond effectively to a reduction in capacity put on to the market by the oligopoly to a level below estimated demand by increasing their capacity to take advantage of the opportunities inherent in a situation of overall under-supply.

⁴⁷ Interactions include minority shareholding between competitors and joint-ventures. They decrease gains from deviation (Martin, 1995).

⁴⁸ Notice that transparency does not prevent collusion, but makes it more difficult to sustain (and limits its reach). However, it is also possible that lack of transparency makes the formation of an agreement more difficult. That is, cartels might be hard to form, but once firms have reached an agreement, it might be hard to punish deviations. Unfortunately, the relation is not precise and there are no studies on the issue –at least in our knowledge.

⁴⁹ Less aggregated information facilitates collusion (Kuhn, 2001).

⁵⁰ As long as the number of players remains the same.

Secondly, demand fluctuations are also important. Generally speaking, a stable demand contributes to transparency, making deviations harder. Conversely, demand fluctuations make collusion more difficult, particularly if they are deterministic (for instance, because of stationary cycles) rather than random (Rotemberg & Saloner, 1986; Haltiwanger & Harrington, 1991). When markets are in their peak, gains from deviation are maximised and potential costs from punishments are minimised.⁵¹ Hence if demand is unstable (in some period it is higher than average), incentives to deviate increase.

Finally, demand elasticity has no impact on coordination.⁵² However, it does affect gains from coordination. If elasticity is low, firms may keep prices high without losing many consumers. In other words, the impact on welfare is bigger the more inelastic the demand is.

Other factors are related with the supply side. First, when firms are alike, collusion becomes easier. For instance, firms may be similar in cost structure (Bain, 1948). Conversely, a common price strategy may be difficult to adopt by firms with asymmetric costs. There are three main reasons. First, more efficient firms (with lower marginal costs) will prefer a price the others cannot, or does not, wish to hold. Secondly, it may become impossible to establish a focal point (Schelling, 1981 [1960]). Finally, technological reasons will push the transference of market shares to efficient firms, a situation that requires express agreements or monetary or non-monetary transfers (Schmalensee, 1987). But even if firms agree on a collusive price, those with lower costs have incentives to deviate, because threat of retaliation is less credible. Foreseeing this situation, firms may agree on sharing the benefits of collusion asymmetrically, with more benefits for firms with lower costs. They could also redistribute market shares asymmetrically (Harrington, 1989). However, since incentives of firms with higher costs are also affected, the outcome is unpredictable (Ivaldi *et al.*, 2003). As a result, the analysis must be cautious.

Symmetry can be analysed in term of capacity, plant size, market shares, range of production, and innovation⁵³, among others. Generally speaking, the more asymmetry there is in the market, stronger the incentives to deviate –particularly if aggregate capacity is limited (Compte *et al.*, 2002; Lambson, 1994). Conversely, the effects of symmetry are ambiguous

⁵¹ Indeed, collusion is facilitated when demand is in the lowest part of the cycle. Nevertheless, collusion is harder to hold in absence of fluctuations.

⁵² By contrast, Jones & Sufriin (2008) argue that firms would be capable to increase prices and profits only when demand is inelastic.

⁵³ A variant of cost asymmetry is the idea that coordination is more difficult when innovation in the market is high. For innovation allows advantages over rivals, especially when it is disruptive. Note that it is irrelevant if the innovator is the incumbent or the maverick: if the market is dynamic in this sense, competition authorities should sleep better.

(Abreu, 1986; Brock & Shainkman, 1985). If firms face capacity restrictions, gains from deviation decrease. At the same time, however, capacity to retaliate decreases.

The characteristics of the product is another factor to consider. The key here is “horizontal differentiation”: different combinations of the same product, at comparable prices, being offered to different sets of consumers.⁵⁴ The objective of such a strategy is to create market segmentation, loyalty and increasing market power on a specific group of consumers. The effect on coordination is contradictory. On the one hand, horizontal differentiation limits gains from deviation, because it makes more difficult to attract new consumers. On the other hand, it limits price wars in case of deviations, making punishment less credible. The literature concludes that horizontal homogeneity or heterogeneity of the product has an ambiguous impact on collusive outcomes, depending on the nature of competition in the market (price competition *vis-a-vis* competition on quantity) (Ross, 1992; Martin, 1993).⁵⁵ Notwithstanding this result, competition authorities normally consider product homogeneity as a factor that facilitates collusion.⁵⁶ For differentiation increases informational concerns in less transparent markets (Raith, 1996), whereas homogeneity makes it easier for a firm to infer information from its own prices and quantities.

Another supply factor are multimarket contacts. There is evidence that coordination becomes easier in presence of such contacts (Berheim & Whinston, 1990).⁵⁷ There are at least three reasons for this. First, frequency of interactions increases. Second, asymmetries decrease. Finally, firms may collude even in markets with characteristics that make collusion more difficult in principle.⁵⁸

Finally, there are a number of other “unclassifiable” factors that should also be taken into account in a structural analysis. For instance, purchasing market power may stimulate competition under some conditions (Snyder, 1996). Conversely, high frequency of purchase

⁵⁴ The opposite concept is “vertical differentiation”, which refers to the development of better products –i.e., differences on quality. In this case, the situation is similar to cost asymmetry. Firms that can differentiate their products have more incentives to deviate. The magnitude of the incentives depends on the magnitude of the competitive advantage.

⁵⁵ The ambiguous effect is better illustrated with differentiated products. In principle these products do not facilitate collusion, due to the difficulties to apply punishments (demand will be positive even if rivals decrease prices). But they may also facilitate it for the same reason: deviation is less beneficial (price reductions must be considerable to gain a significant market share). Hence it is equally likely that collusion is produced between firms with homogeneous products –such as gasoline (e.g., as shown by Hosket *et al.*, 2008)– than between firms producing heterogeneous products.

⁵⁶ This seems to have been the implicit thinking of the TDLC in *D&S/Falabella* (Decision 24/2008). Applying a concept of “integrated retail”, the TDLC expressly considered that the likelihood of collusion in the market was higher due to the homogeneity of products the only two integrated retailers produced (para. 225).

⁵⁷ As seen, they played a crucial role in the *Asfaltos* cartel case.

⁵⁸ At a first glance, it may seem that multimarket contacts decrease sustainability of collusion, since they allow firms to apply punishments in different markets. However, as Motta (2004) explains, a firm can deviate in all those markets at the same time. The crucial point is the relation with asymmetries.

orders may facilitate coordination because they help to impose credible punishments (Motta, 2004).

Once structural elements have been taken into account, the “inherent” characteristics of the information become relevant. By this we refer to a number of features such as the nature of the information exchanged (prices, quantities, sales, and so on); the time to which it refers (past, present or future information); its level of aggregation (disaggregated by players, aggregated anonymously, etc.); the form of delivery (directly between competitors, through third parties such as trade or professional associations, suppliers or others); and the frequency of the exchange (daily, weekly, monthly, etc.); among others. These features depend on market structure. For instance, what is “historic information” depends on interactions between competitors (including their contractual relations) and the nature of the market.

On this, despite the fact that, as mentioned, any general guidance is of limited value, it is still possible to sketch some general rules. First, as long as information is “farther” from prices, authorities should be reluctant to consider an exchange as anticompetitive.⁵⁹ This kind of information is normally expensive to produce, so their joint production may imply significant economies (Hovenkamp, 2005a). Second, the timing of the exchange should also be considered (Posner, 2001). Third, duration matters. It is likely that a systematic exchange is indicative or constitute a concerted practice (Monti, 2008). The underlying idea is always that, despite the exchanges, each competitor establishes its own market strategy independently.

Another relevant aspect is the way of disseminating information between competitors. First, information may be shared in an ample way within the industry –for example, throughout a commercial association or another organisation.⁶⁰ It is particularly relevant to consider the relationship between the domain in which the information is exchanged and the relevant market (Hovenkamp, 2005a).⁶¹ As we have shown, in Chile trade associations have played a crucial role in sustaining cartels. Also, most cases condemned by the *Comisión Resolutiva* or the *Comisión Preventiva Central* (the TLDC predecessors) were against associations or their members.⁶²

⁵⁹ This was stated, for instance, by the US Court of Appeal of the 9^o Circuit in *Zozlaw* (1982).

⁶⁰ The two seminal cases in US law are *Hardwood* (1921) and *Maple Flooring* (1925). A complete analysis of both cases can be found in Posner (2001: 159 *et seq.*). Fraas & Greer (1977) was one of the first empirical studies demonstrating the collusive potential of associations.

⁶¹ For instance, Posner (2001) note that in *American Column* (1921), the association condemned had 365 members that collectively controlled only one third of the US market of hardwood. Therefore, even assuming express price fixing it would be hard to show how a cartel with so many members that control only a fraction of the market may have been affected prices substantially as the US Supreme Court concluded. Conversely, in the Chilean *Pollos* case, the association was formed solely by the three cartelised firms.

⁶² E.g., see *Comisión Preventiva Central*, Ruling N^o 1128/2002: “This Commission considers that announcements to increase

Secondly, firms may provide unilateral price announcements or unilateral production announcements that may also contribute to collusion.⁶³ There have been no cases of this kind in Chile. Generally, the focus of the analysis should be on transparency. If the announcements are public (for instance, through commercial advertisements), they should not be considered *prima facie* anticompetitive.⁶⁴ Conversely, private announcements, directed exclusively to rivals, should be banned. For the efficiency of that communication is practically inexistent (Kühn, 2001). They are normally direct to avoid costly periods of price wars and price instability (Motta, 2004) and may be a strong inductor of price fixing. Finally, firms may obtain or provide information by direct contact to one or more competitors.⁶⁵ In such a case, potential benefits of information sharing disappear completely, and it is highly likely that the exchange is part of a mere price fixing. Conversely, if the exchange is indirect, the situation is less clear. However, this does not imply less risk. Even though the form of the exchange is relevant for its qualification of lawfulness, it should not be too relevant for the analysis. For the election of certain form may depends on factors not related to the effects of the information exchange for competition (Posner, 2001).

3.5 General guidance by Chilean authorities

Considering all of the aforementioned, both the FNE and the TDLC have issued rules that aim to provide clearer guidance to parties that wish to exchange information.

In *Dentistas*⁶⁶, a non-adversarial case, a group of dentists part of a local Dentists' Trade Association requested the TDLC to clarify whether they could provide 'pricing guidelines' (*arancel de referencia*) for its associated members. The association requested the Tribunal to establish the conditions under which such references could be less risky for competition. Considering the market structure, the TDLC ruled that prices references cannot be established

prices [...] [made by] leaders of the association are a wrongful intervention in the market [...] and their statements may incite to price agreements", therefore "they should refrain from forecasting of price variations"; Ruling N° 589/1987: "It cannot be said that [the statements of the leaders of the association] in the press are anticompetitive. However, they have been inconvenient, considering a price increase is coming. Even though the object of such statement is to make users and authorities conscious of the need of price increases, due to the increase on supplies [...] the sole fact of making the statement before the increase is materialised induce members to increase the price, either for mere parallelism or in a concerted manner"; and Ruling N° 365/1982: "associations cannot, in any event, suggest to their members nor to third parties, specific costs, prices or tariffs for goods and services, because it is anticompetitive".

⁶³ The seminal study is Farrel (1987), who analysed the influence of non-verifiable and non-compulsory communications (cheap talk) in agreements in a context of games with multiple equilibria. Later theoretical and empirical confirmed the collusive potential of unilateral announcements See, among others, Cooper *et al.* (1992), and Farrel & Rabin (1996).

⁶⁴ If there are positive and negative effects, the former tend to take precedence over the latter.

⁶⁵ The seminal case is *Container Corp.* (1969), ruled by the US Supreme Court.

⁶⁶ *Dentistas* (Decision 45/2014)

in case of services with a reduced number of suppliers in the market. Also, it said that price references must not be based on estimations of the dentists' future incomes. However, the TDLC did not completely restrict price references. It ruled that in circumstances different than the mentioned, price references should comply with the following rules:

- (i) They must be based on historical variables, including prices, costs or others;
- (ii) They must be determined by a third party (not the trade or professional association);
- (iii) References should provide aggregate information, that is, suppliers should not be identifiable from the information;
- (iv) Following the reference should be voluntary for associated members, and sanctions cannot be adopted in case a member do not follow the reference; and
- (v) References should be publicly available.

The Dentists' Trade Association also asked whether the estimation of costs or supplies the dentists would use, and the information on the criteria for adjustments of those costs, supplies or the valuation of the services related with the dentists' medical specialities, could be considered against the Competition Act. The TDLC stated that only the provision of information by the association to its members on the historical costs the treatments represent for the average of the members, based on surveys or studies, does not infringe the Act.

A slightly different case is *Lan/Tam*⁶⁷, a review of the merger between a Chilean and a Brazilian airlines (*LAN Airlines S.A.* and *TAM Linhas Aéreas S.A.*, respectively). The TDLC decided to approve the operation subject to a number of remedies, including limitations on information sharing. Among the remedies was the elimination and review of the code sharing agreements with airlines that were not part to the same alliance as LATAM (as the merged entity was called), within the routes and intermediate sections indicated in the decision⁶⁸ – which were those that affected the Chilean market more directly. Note that code sharing agreements are commonly accepted and of intense use in the airline industry. The TDLC stated that the characteristics of these agreements imply high levels of coordination, because they consider the mutual access to information on public and private tariffs and availability of seats on each flight (i.e., prices and quantities). Also, code sharing agreements are associated to the so-called *Special Prorate Agreements*, by which airlines directly agree on the price per seat for

⁶⁷ *Lan/Tam* (Decision 37/2011).

⁶⁸ The TDLC also recommended to review the interline agreements.

each section that the seller will pay to the operator, instead of distributing income proportionately. The Tribunal recognised that both in the literature and the case-law of other jurisdictions such level of coordination has been deemed as a mechanism with potentially anticompetitive effects.⁶⁹

The TDLC acknowledged that the sharing-code agreements generated efficiencies and enhancement of quality of the supply⁷⁰, but also risks for competition. Both must be counterbalanced. Among the main risks was the reduction in the intensity of competition between the airlines that subscribe the agreement. Also, it would be more difficult for new firms to enter the market, because an entrant should offer at least the same number of daily flights as the airlines that operate jointly. That is, its minimum efficient scale increases. Considering that the residual demand makes difficult to increase passenger, this risk was considered particularly important.

In parallel to the case-law, the FNE has fulfil an important role advocating best practices. Due to the lack of specific legal regulation, the FNE has provided some guidance, although not directed to address specifically exchanges of information, but only as a subsequent topic. Guidance has been given mainly in the FNE Guidelines on Trade Association and Guidelines on Interlocking –being the first one the most relevant in practice so far. Regarding exchanges of information between associated members, the Trade Associations guidelines state that:

- (i) Only historical information should be compiled;
- (ii) Frequency of the exchanges should be reduced;
- (iii) Information to be disseminated among members should only be aggregated and refer to general topics;
- (iv) Any request for information should be voluntary; and
- (v) The gathering and processing information should be externalised.

The Guidelines also refers to recommendations made by trade associations to their members. They indicate that such recommendations should not make references to prices, quantities or commercial strategies, and should always be voluntary (no disciplinary action can

⁶⁹ The TDLC expressly stated that the lawfulness of a specific agreement from the competition law standpoint depends on the clauses it contains, the routes it covers and the manner in which it is complemented with other agreements subscribed by the same airlines. As a general rule, the TDLC affirmed, the more the coordination and the more the number of routes that overlap with each other, the riskier the agreement for competition.

⁷⁰ The TDLC admitted the fragmentation in the aeronautic Latin-American market, which makes competition between airlines from different countries more difficult. Alliances and sharing-code agreement are hence useful to facilitate competition.

be taken against members that do not adopt a recommendation).

Another important area is participation in meetings. On this, the Guidelines suggest that meetings should be registered and documents saved; that minutes of every meeting should be saved, detailing every subject of the meeting; and that specialised legal training may be required.

Finally, there are also a number of other topics expressly referred to by the Guidelines. Among them, collaboration between competitors, boycotts, membership conditions, services to non-affiliated members, self-regulation and codes of conduct, technical standards-setting, and publicity.

5. Summing up

What is it possible to conclude from this short review? First, the analysis of market structure is crucial to assess exchanges. As seen, the lawfulness of an exchange depends in an important part on how easy collusion may arise from such structure. The different structural factors that may affect coordination and their effect on the sustainability thereof are summarised in Table 1.

Table 1: *Market structure and its potential influence on collusive behaviour*

Factors affecting anticompetitive coordination			Effect on sustainability of coordination		
			<i>Positive</i>	<i>Negative</i>	<i>Ambiguous</i>
Structural factors	<i>Number of participants in the market</i>	High		x	
		Low	x		
	<i>Entry barriers</i>	Many	x		
		Few		x	
	<i>Frequency of interactions and price adjustments</i>	High	x		
		Low		x	
	<i>Market transparency</i>	High (stable market)	x		
		Low (unstable market)		x	
Demand factors	<i>Growth</i>	Growing markets	x		
		Stable markets or shrinking		x	

	<i>Fluctuations</i>	High		x	
		Low	x		
	<i>Elasticity</i>	Elastic			x
		Inelastic			x
Supply factors	<i>Characteristics of the firms</i>	Cost symmetry	x		
		Cost asymmetry		x	
	<i>Level of innovation</i>	High		x	
		Low	x		
	<i>Product differentiation</i>	Vertical	(similar to cost asymmetry)		
		Horizontal			x
	<i>Contacts between firms</i>	Multi-market	x		
		Single market		x	
Other factors	<i>Purchasing power</i>	High		x	
		Low	x		
	<i>Maverick firm</i>	----			x
	<i>Inventory and excesses of capacity</i>	----			x

Source: Authors' elaboration

Second, aside the importance of market structures, it is possible to sketch a general view on the sharing of different types of information, “raking” it from exchanges that should in principle be banned (ranked number 1) to information that does not produce competition concerns (ranked 4). Most categories fall under number 3, which means that *prima facie* they should not produce competitive concerns, but they should be look with some care depending on the circumstances. This is summarised in Table 2 herein below.

Table 2: *Characteristics of the information*

	Type of information	Characteristics / conditions	Information exchange
<i>Commercial information</i>	(Actual) prices	Historic	3
		Present	1
		Future	1
		Aggregated	3
		Disaggregated	3
	Costs	Historic	3
		Present	3
		Future	3
		Aggregated	3
		Disaggregated	1
	Volume of production	Units	1

		Level of production (aggregated)	3
	Product quality	-----	3
	Technology	-----	3
	Security standards	-----	3
	Other technical aspects	-----	3
<i>Strategic Information</i>	Market studies	Positioning	2
		Market shares	2
	Pricing strategies) (models,	Prices (re)adjustments	2
		Prices by areas	2
		Minimum resale prices	2
		Discounts	2
	Commercialization strategies	Strategic stock	2
		Marketing strategies	2
		Commercialization plans	2
		Sales objectives	2
<i>Non-strategic information</i>	Regulations	-----	4
	Inflation	Publicly available	4
	Exchange rate	-----	4

Notation: 1 to 4: from prohibited to permitted under competition laws.

Source: Authors' elaboration

A mix of a thorough market structure analysis and the inherent characteristics of the information should allow competition authorities make robust inferences on the lawfulness of a practice that is common in business and may even be beneficial when firms behave competitively. The emerging Chilean experience is proof.

Fake News: Um Desafio ao Antitruste?

Juliana Oliveira Domingues⁷¹
Breno Fraga Miranda e Silva⁷²

RESUMO

A presente pesquisa analisa o fenômeno das *fake news* do ponto de vista concorrencial. Neste sentido, por meio de pesquisa exploratória e de estudo de caso hipotético, analisamos particularidades do mercado de notícias e a aplicação dos instrumentos tradicionais do direito antitruste. Neste contexto, o fenômeno foi conceituado para, na sequência, ser realizada uma revisão dos argumentos que analisam os possíveis efeitos das *fake news* no ambiente concorrencial, assim como o potencial reflexo decorrente do poder econômico identificado. Assim, o estudo busca trazer uma contribuição para a discussão na perspectiva brasileira.

Palavras-chave: notícias falsas; antitruste; democracia, mecanismos de controle.

ABSTRACT

This research analyzes the fake news phenomenon from the antitrust perspective. In this sense, through the exploratory and hypothetical case study method, we examine the particularities of the news market and the application of the traditional antitrust law tools. In this sense, this phenomenon was conceptualized and, in the sequence, we reviewed the arguments that assess the potential effects of the fake news on the competition environment, as well as the likely reflection resulting from the identified economic power. Therefore, this study seeks to bring a contribution to the discussion in the Brazilian perspective.

Keywords: fake news; antitrust; democracy, control mechanisms.

Classificação JEL: K21 – Antitrust law

⁷¹ Professora Doutora de Direito Econômico da Universidade de São Paulo (FDRP/USP), com pós-doutorado na Georgetown University. O presente artigo foi escrito no período em que esteve vinculada ao programa internacional da American Bar Association (Antitrust Law - International Scholar in Residence Program). Líder do Grupo de Pesquisa sobre Concorrência e Inovação (FDRP/USP - PUC/SP). Advogada e Consultora.

⁷² Mestrando pela Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Membro do Grupo de Pesquisa sobre Concorrência e Inovação (FDRP/USP/PUC). Advogado

INTRODUÇÃO

As *fake news* não são uma novidade e muito menos atuam exclusivamente no ambiente virtual. Historicamente, há o costume de consumir notícias, seja por jornal ou revista, que não condizem exatamente com a verdade dos fatos, como é o exemplo dos famosos tabloides ingleses⁷³ e das revistas de curiosidades no Brasil⁷⁴. O fato é que, por estarem diretamente vinculadas aos altos níveis de engajamento nas redes sociais e exercerem influência direta nas eleições ao redor do mundo, as *fake news* estão ganhando cada vez mais atenção dos órgãos de regulação e das próprias empresas que têm as mídias sociais como ativos econômicos⁷⁵. Vale lembrar que em períodos eleitorais a situação se agrava e as *fake news* passam a ser prejudiciais à construção do processo democrático eleitoral, e também um verdadeiro desserviço para a produção e disseminação de informações entre a população.

Na mesma medida em que as redes sociais têm o mérito de proporcionar um espaço de debate e interação entre as pessoas - o qual vem se tornando um instrumento importante de fomento à discussão política - aquelas também se tornaram um ambiente fértil para a disseminação de informações falsas. Com isso, as velhas estratégias políticas de difamação e manipulação de debates públicos estão ganhando corpo nas redes sociais, ambientes com maior presença de dados pessoais dos consumidores do que qualquer jornal, televisão ou revista imaginaria ter. O uso desses dados vem se mostrando problemático, quando ofertado como subsídio para marketing político, atuação de robôs ou para a criação de notícias falsas.

Neste sentido, a presente pesquisa busca analisar este fenômeno com o olhar dos instrumentos do antitruste. Dessa forma, partiremos da premissa de que, pelo menos em tese, as *fake news* têm o potencial de prejudicar a concorrência. É nesse contexto que buscamos refletir sobre as características do mercado onde este fenômeno se insere, para então responder se existem elementos suficientes a autorizar a regulação dessas questões por meio instrumentos regulatórios do antitruste.

Para que esta análise pudesse ser desenvolvida, consideramos os aspectos teóricos relativos ao combate ao abuso do poder econômico, o posicionamento doutrinário atual a

⁷³ Como por exemplo os jornais *The Daily Express* e o *The Sun*, que se apresentam como jornais de *News, sport, celebrities and gossip*.

⁷⁴ Podem ser assim classificados a “Revista Tititi”, Revista “Gente”, e os sites “O Fuxico” e “Ego”.

⁷⁵ “Ativo é o futuro resultado econômico que se espera obter de um agente.” (MARTINS, 1972, p. 30). “[...] 1. o ativo deve ser considerado à luz de sua propriedade e/ou à luz de sua posse e controle; normalmente as duas condições virão juntas; 2. precisa estar incluído no ativo, em seu bojo, algum direito específico a benefícios futuros [...] ou, em sentido mais amplo, o elemento precisa apresentar uma potencialidade de serviços futuros (fluxos de caixa futuros) para a entidade; 3. o direito precisa ser exclusivo da entidade; [...]. Cf. LUDÍCIBUS, 2000, p. 47.

respeito do tratamento das *fake news* pela prática concorrencial, a análise sobre eventual poder de mercado refletido pelas *fake news* para, por fim, inferir se – e como - a autoridade antitruste pode responder aos problemas concorrenciais decorrentes deste fenômeno.

2. FAKE NEWS: UM CONCEITO CONTEMPORÂNEO PARA UMA FENÔMENO ANTERIOR À ERA DIGITAL

Há inúmeras definições utilizadas para classificar e enquadrar as *fake news* em contextos acadêmicos, jornalísticos e regulatórios, o que demonstra a dificuldade em conceituar claramente o que o termo significa.

A figura abaixo ilustra a frequência da utilização do termo “*fake news*” nos livros escritos em inglês e escaneados pelo Google.

Figura 1



Fonte: “Google Books Ngram Viewer for the term “*fake news*” from 1800-2008 (SACHER; YUN, 2017, p. 02).

Como pode ser observado na figura acima, o termo *fake news* passou a ser usado com maior frequência no século XIX sendo que no Brasil esse anglicismo para “notícias falsas” passou a ser adotado em razão da popularidade das plataformas digitais.

Para fins desta pesquisa, e para verificar a possibilidade de aplicação do instrumental antitruste ao tema, partimos dos conceitos trazidos por Hubbard (2017, p.1) para quem as *fake news* representam “uma história criada de forma simples que objetiva o lucro e a propaganda,

sem utilizar jornalistas treinados, conduzir uma investigação ou incorrer em grandes custos para publicação”⁷⁶.

Ao conceito incluiríamos às características destas notícias a presença da falsidade (completa ou parcial) do seu conteúdo e o compartilhamento de modo *viral* no ambiente das plataformas digitais. A consequência do compartilhamento dessas notícias pode ser discutida sobre diversos aspectos. Veja-se que:

A internet e as redes sociais se converteram em campo importantíssimo, crescente, e dinâmico do debate público e da disputa de narrativas, que levam à busca de hegemonias na política. Essa realidade abre espaço para discussões legítimas e factuais, mas também para discursos corsários, não legítimos e não factuais (*fake news*). Somado a este ambiente fértil para a disseminação opiniões, a automatização de ferramentas de publicação possibilitou o surgimento e a propagação de robôs — contas controladas por softwares se fazendo passar por seres humanos que já dominam parte da vida nas redes sociais e participam ativamente das discussões em momentos políticos de grande repercussão. (FGV/DAPP, 2017, p. 6).

Esta conceituação passa a ser aplicável na medida em que o sensacionalismo (muitas vezes presente neste tipo de notícia) evoca emoções diversas, como ódio e surpresa, que passam a ser mais chamativas do que aquelas provocadas pelas notícias comuns, que têm a tendência de ser mais previsíveis, sobre questões rotineiras e normalmente trazidas com mais sobriedade, isto é, sem gerar grandes picos de emoção ao leitor.

Os critérios que versam sobre a utilização ou não de jornalistas treinados, de sistemas de checagem de fatos e do custeio de produção (HUBBARD, 2017, p. 1) devem ser igualmente levados em consideração. Conforme argumentos apresentados por Hubbard (2017, p. 4) os custos de produção nos quais as empresas que atuam neste setor incorrem estão ligados diretamente às características relacionadas à manutenção do poder econômico e às práticas discriminatórias no mercado de informação.

Outros conceitos de *fake news* relevantes para a presente análise são aqueles constantes nas iniciativas legislativas no Brasil. Inicialmente, deve ser citado o Projeto de Lei nº 473 de 2017, atualmente em estágio de tramitação junto à Comissão de Constituição e Justiça do Senado. Referido projeto busca tipificar a prática como crime e a classifica como “divulgação de notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, segurança pública, à economia nacional e ao processo eleitoral”⁷⁷.

⁷⁶ Texto traduzido do original: “[...] *fake news* means stories that are simply made up for profit or propaganda without using trained journalists, conducting research or expending resources”.

⁷⁷ BRASIL. **Projeto de Lei de nº 473 de 2017**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para

Na Câmara dos Deputados existem outras quatro iniciativas⁷⁸ no mesmo sentido de punir a divulgação de informação falsa, prevendo, entre outras coisas, multa de até 50 milhões de reais para a empresa de internet, proprietária da rede social, que não excluir postagens que eventualmente divulguem “informações falsas ou prejudicialmente incompletas”⁷⁹ em detrimento de pessoas físicas, conforme explicita o Projeto de Lei nº 6812 de 2017.

Como se observa, os conceitos trazidos pelas iniciativas legislativas brasileiras, bem como as soluções por elas propostas, permitem grande discricionariedade ao aplicador da lei. Neste sentido, há um risco que merece ser apontado: ao invés de contribuir para o melhor tratamento do tema, os projetos indicam intenções veladas que potencializam a violação ao exercício da liberdade de expressão garantida pela nossa Constituição Federal.

Cumprir observar que o próprio Marco Civil da Internet (especialmente em seu artigo 19) e a Constituição Federal (no seu artigo 5º, inciso IV, ao vedar o anonimato) já possuem disposições que permitem a identificação da procedência de muitos conteúdos tidos por “anônimos” ou considerados como *fake news*.

Diante deste cenário, parece evidente que as iniciativas legislativas, além de darem espaço excessivo para a discricionariedade, podem se tornar inócuas diante da velocidade da disseminação de *fake news*.

É daí que surge a pergunta central que buscamos responder. Se há excessos provenientes do exercício do poder econômico, o Estado poderia utilizar o ferramental antitruste para mitigar os efeitos das *fake news*? O tema tem sido mais debatido do ponto de vista privado e eleitoral, mas aqui propomos observar este fenômeno numa perspectiva diferente, por meio do instrumental antitruste, considerando o mercado de notícias nas plataformas digitais, nas ferramentas de buscas e nas redes sociais.

3. FAKE NEWS E O ANTITRUSTE NA ERA DIGITAL

tipificar o crime de divulgação de notícia falsa. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131758>>. Acesso em: 26 de Março de 2018.

⁷⁸ Podem ser citados: o Projeto de Lei nº 9532/2018, que estipula multa e punição entre 4 e 8 anos de prisão para quem produzir e divulgar conteúdo falso; Projeto de Lei nº 9533/2018, que sugere a inclusão de um novo item no artigo 22 da atual Lei de Segurança Nacional, que proíbe propaganda sobre “processos violentos”, discriminação racial, propaganda de guerra ou de qualquer crime, estipulando punição dobrada quando a propaganda for realizada por meio de redes sociais; Projeto de lei nº 7604/2017, que responsabiliza os provedores de redes sociais pelo conteúdo publicado por meio delas e em casos de divulgação de notícias falsas, exige a exclusão das notícias pelas empresas em um prazo máximo de 24 horas; Projeto de Lei nº 9554/2018, que transforma a divulgação de *fake news* em crime punido com multa e prisão, de 1 a 3 anos.

⁷⁹ BRASIL. Projeto de Lei de nº 6812 de 2017. Dispõe sobre a tipificação criminal da divulgação ou compartilhamento de informação falsa ou incompleta na rede mundial de computadores e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122678>>. Acesso em: 26 de Março de 2018.

O tema é bastante sensível quando avaliamos quem - ou “o que” - está por traz das *fake news*. Em um mundo digital, onde a inteligência artificial passa a ser realidade, nem sempre é trivial identificar os comandos. Dessa forma, já existe consciência de que por meio da interferência nos debates ocorridos nas redes sociais, os robôs⁸⁰ influenciam diretamente os processos políticos e democráticos e, conseqüentemente, a opinião pública.

Conforme Davis et al. (2016, p. 1) a ação dos robôs pode:

[...] produzir uma opinião artificial, ou dimensão irreal de determinada opinião ou figura pública, ao compartilhar versões de determinado tema, que se espalham na rede como se houvesse, dentro a parcela da sociedade ali representada, uma opinião muito forte sobre determinado assunto. (tradução livre)⁸¹

A interferência mencionada acima poderia influenciar usuários que não estão decididos sobre um determinado tema, ou não tem opinião formada. Em análise aos efeitos na sociedade brasileira como exemplo, destaca-se que a pesquisa da FGV/DAPP ao demonstrar que:

[...] a disputa pela Presidência da República nas eleições de 2014 foi caracterizada por um acirramento político crescente [...]. Nas redes sociais, a polarização se manifestou de forma agressiva, e parte dessa hostilidade foi provocada por robôs, que chegaram a motivar cerca de 11% das discussões. (FGV/DAPP, 2017, p.17)

O mesmo fenômeno pôde ser identificado na época do impeachment da ex-Presidente Dilma Rousseff, em 2015: no dia de maior manifestação registrada a favor do impeachment, ficou demonstrado que “[...] pelo menos 10% das interações sobre o assunto foram impulsionadas por robôs” (FGV/DAPP, 2017, p. 20).

Diante destes fatos, passa a ser importante colocar o tema sob a perspectiva do poder econômico. O poder econômico emerge como um dos instrumentos mais efetivos de controle da sociedade e também dos consumidores. Ainda que imperceptível para muitos, vislumbra-se um efeito dominó: i. o processo de concentração econômica pode originar posição dominante nos mercados; ii. os agentes econômicos com poder econômico (decorrente de posição dominante nos mercados) têm o potencial de influenciar o Estado por meio de seus atos administrativos, políticos e instrumentos de regulação, ii. a capacidade de influência tem o potencial de afetar as liberdades individuais.

⁸⁰ De acordo com estudo da FGV/DAPP “Identificar a presença destes robôs e os debates que criam é de fundamental importância para diferenciar quais situações são reais e quais são manipuladas no ambiente virtual. Apenas assim é possível ter compreensão efetiva dos processos sociais originados nas redes”. In. FGV/DAPP, 2017, p. 4.

⁸¹ Tradução livre do texto: “Bots can also hinder the advancement of public policy by creating the impression of a grassroots movement of contrarians, or contribute to the strong polarization of political discussion observed in social media. They can alter the perception of social media influence, artificially enlarging the audience of some people.”

É dentro deste espectro que identificamos que há efeitos das *fake news* para a democracia. Veja-se que Fonseca (2011, p. 42) considera que a mídia “ao participar da esfera pública como “prestadora de serviços”, isto é, como entidade de “comunicação social”, teria uma função imprescindível nas democracias”. Isto é, a mídia teria a função de informar os acontecimentos que boa parte da sociedade não teria condição de tomar conhecimento de outra forma.

Quando o poder econômico deturpa o papel da mídia, conseqüentemente, sentimos os efeitos em todo processo democrático. A democracia pressupõe a existência de uma concorrência sadia. Conforme explica Frazão:

O controle do poder econômico, além de ser um dos instrumentos mais efetivos da tutela dos interesses dos consumidores, é, na verdade, um dos principais pilares de qualquer democracia. Assim, trata-se de discussão que diz respeito a todos os cidadãos e, exatamente por isso, precisa ser ampliada, compreendida e submetida ao amplo escrutínio social, já que os efeitos da política antitruste são sentidos diariamente nas vidas de todos, tanto sob a ótica da autonomia privada, como sob a ótica da autonomia pública. [...] Desde o século XIX observa-se que o poder econômico, em suas diversas manifestações, encontrou várias frentes para colonizar o Estado, subvertendo ou instrumentalizando em seu favor instituições aprioristicamente democráticas. (FRAZÃO, 2017, p. 1)

Mas será que o instrumental antitruste seria adequado para efetuar o controle do poder econômico nesses casos? E mais: o poder econômico é um ilícito *per se*?

A legislação brasileira não veda o poder econômico⁸². Nossa legislação antitruste se preocupa com a intenção e com os efeitos nocivos originados de práticas abusivas (vide art. 36 da LDC)⁸³. Assim, quando as *fake news* emergem de atores dotados de poder econômico, o tema pode trazer elementos que eventualmente se encaixem nos critérios legais, podendo, nesses casos, ser uma questão a ser enfrentada pelo direito antitruste

3.1. Reflexões sobre os objetivos do antitruste

⁸² “O poderio econômico legitimamente auferido não é vedado pela legislação pátria. [...] não pode padecer de mau uso ou abuso, sob pena de contrariar os princípios corolários da ordem econômica, notadamente a relação entre os princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência [...] a regra de repressão ao abuso do poder econômico, em síntese, não vincula mais que o mandamento de ‘é proibido’ abusar ou mal utilizar uma posição de vantagem competitiva em um dado mercado [...] Assim é que para condição de permissividade à detenção de poder econômico legitimamente adquirido, estipulada na doutrina, é imprescindível a ponderação acerca do exercício de referido poder enquanto abuso. [...]”. Cf. DOMINGUES; GABAN, 2016, p. 60.

⁸³ “Em conformidade com a Constituição, a Lei n. 12.529/2011 fixa hipóteses de incidência normativa decodificando e tornando aplicável a regra da repressão ao abuso do poder econômico de forma dual, isto é, apontando como abuso comportamentos passíveis de subsunção às hipóteses do controle de estruturas (arts. 88 e ss.), bem como comportamentos passíveis de subsunção às hipóteses do controle de condutas (art. 36, e incisos, combinado com art. 36, § 3o e incisos)”. Id. DOMINGUES; GABAN, 2016, p. 61.

O tema passa a ter especial relevância quando questionamos os objetivos do direito antitruste. Afinal, é necessário pontuar que nem tudo pode ser “encaixado” como uma questão concorrencial. A doutrina possui diversos autores que abordam os objetivos do controle antitruste. Nesse contexto, há uma clara divisão entre os argumentos numa perspectiva internacional.

Como exemplo, Hovenkamp (2017), Orbach e Rebling (2012), assumem uma visão claramente favorável à Escola de Chicago e à orientação de Bork⁸⁴, na medida em que sustentam que a análise antitruste: i. deve ser baseada em critérios econômicos objetivos e mensuráveis, ii. deve ter seu foco no bem-estar do consumidor e no combate às práticas anticompetitivas, iii. não deve se basear apenas no tamanho das empresas. Ou seja, o tamanho das empresas não necessariamente seria um problema (HOVENKAMP, 2017, p. 2).

De outro lado, Bogus destaca a necessidade de um novo paradigma antitruste, o qual pudesse ser acrescido ao estudo das eficiências de mercado e da manutenção do bem estar do consumidor, considerando as consequências econômicas e os efeitos sócio-políticos advindos do exercício do poder econômico consolidado (BOGUS, 2015, p. 113-114), apresentando uma narrativa que visa combater o gigantismo das empresas e defender que as fusões - e o aumento da produção econômica - não necessariamente são positivas para a economia e para a sociedade.

Diante dos argumentos acima, vale a pena recuperar a discussão trazida por Pitofsky no final da década de 70, cuja visão era ampliada sobre a abrangência do antitruste ao se posicionar pela necessidade de “reconhecer que os critérios não-econômicos e políticos devem ser assimilados pelo instrumental antitruste como passíveis de aplicação” (PITOFSKY, 1979, p. 20-21).

Bogus (2015, p. 4-6) assume que o senso comum entende que a análise antitruste não deveria abranger aspectos sociais e não-econômicos, pois estes assuntos não seriam suscetíveis de uma análise objetiva. Entretanto, o autor busca criticar o pensamento predominante da Escola de Chicago. Neste sentido, traz argumentos para afirmar que o antitruste teria dois vieses, um econômico, que se ocuparia de cálculos de preços e aplicação de modelos matemáticos, e outro político, que se ocuparia dos efeitos políticos e sociais do poder consolidado (BOGUS, 2015, p 4-5).

⁸⁴ Neste sentido, Bork argumenta que a intenção original das leis antitruste, bem como a eficiência econômica, faz com que o bem-estar do consumidor e a proteção da concorrência, e não dos concorrentes, sejam os únicos objetivos da lei antitruste.

A discussão permanece e são válidos os entendimentos sobre a premência de um novo paradigma para a análise antitruste que possa assumir a necessidade de abranger aspectos não-econômicos, reconhecendo que há outros pontos a serem analisados além da produção, do consumo e da eficiência⁸⁵. Contudo, do ponto de vista brasileiro, nossa legislação é clara ao definir as condutas anticompetitivas (por meio do art. 36 caput e incisos da Lei 12.529 de 2011) e como elas devem ser tratadas, fatores que limitam a atuação da autoridade antitruste.

O debate recente sobre *fake news* nos EUA e o ano político nos provocam a refletir dentro da realidade brasileira. Assim, passaremos a avaliar, dentro do contexto brasileiro, se as *fake news* podem ser enquadradas como um problema concorrencial (i.e. passível de regulação pela autoridade antitruste) diante de potencial – ou efetivo – exercício abusivo de poder econômico que teria o potencial de afetar não apenas o bem-estar social, mas todo o ambiente democrático.

3.2 FAKE NEWS: ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À INCIDÊNCIA DA LEI ANTITRUSTE

Conforme visto acima, existem diversos problema identificados nas publicações das *fake news*. Diante do cenário traçado, traremos os principais debates travados sobre o assunto vinculados à aplicação do instrumental regulatório antitruste.

Inicialmente, apresentamos os argumentos de Grunes que ao avaliar as *fake news* demonstra preocupação com o potencial poder de mercado, o qual não estaria necessariamente vinculado às questões de precificação:

Poder de mercado aqui (na discussão sobre *fake news*) não tem relação com o preço. Tem relação com efeitos não precificáveis. Economistas e agências antitruste reconhecem que o poder de mercado pode ser manifestado em termos diferentes de preço e as condições afetam os consumidores de maneiras adversas, incluindo redução de qualidade do produto, redução de variedade, redução de serviço ou diminuição de inovação. [...] Neste sentido as *fake news* poderiam ser pensadas como notícias com qualidade ‘zero’ ou até negativa. [...] Neste caso há uma dimensão concorrencial, na medida em que a pressão competitiva atua perante as organizações tradicionais de mídia. [...] Se uma organização tradicional de mídia passar a publicar deliberadamente *fake news* haveria um substancial dano à sua imagem, o que poderia resultar em uma perda financeira. (GRUNES, 2017, p. 6-8) (tradução nossa)⁸⁶

⁸⁵ Nesse sentido estudos europeus mostram-se mais abertos, tal como se observa na posição de Averitt e Lande: “The price and efficiency paradigms are hard to fully understand and are not particularly transparent in their application. Moreover, in a disturbingly large number of circumstances they are unable to handle the important issue of nonprice competition.” (2007, p. 175). No mesmo sentido: AVERITT & LANDE (1998); NIHOUL (2012); LANDE (2000).

⁸⁶ Tradução livre da afirmação: “Market power here is not about price. It is about non-price effects. Economists and antitrust agencies recognize that market power can be manifested in non-price terms and conditions that adversely affect customers,

Grunes entende que, no caso das *fake news*, tecnicamente, “[...] a empresa de mídia social teria a capacidade de reduzir a qualidade abaixo do nível competitivo sem perder tantas vendas, uma vez que sua conduta [a notícia falsa] não é lucrativa” (GRUNES, 2017, p. 8) (tradução nossa). Portanto, o autor não enxerga as *fake news* como um problema atual a ser resolvido pelo antitruste, mas sim como uma preocupação em potencial, e que, por isso, deve ser acompanhada com atenção (GRUNES, 2017, p. 8).

Hubbard (2017, p. 1-2) indica preocupações no que diz respeito ao impacto das *fake news* no fluxo de informação e da falta de concorrência no ambiente das plataformas digitais. Entretanto, de forma mais assertiva, a autora defende que as *fake news* resultam em um problema a ser enfrentado pelo direito antitruste:

[...] *fake news* é um problema antitruste pois *Facebook* e *Google* não são meros agregadores de notícias, mas sim concorrentes dos mecanismos tradicionais de imprensa, competindo por publicidade, atenção do usuário e informação pessoal dos consumidores. [...] Os incentivos dos seus negócios digitais iriam de encontro com os interesses das empresas de mídia tradicional e a elevação do patamar tecnológico prejudicaria o modelo de negócio destas empresas, criando vantagens ao *Facebook* e *Google*. [...] Em razão da falta de concorrência, os fornecedores de *fake news* trabalham aperfeiçoando seus algoritmos e têm crescente impacto no fluxo de informação. As duas empresas podem ajustar seus algoritmos para servir aos seus interesses financeiros [de aumento de engajamento] ao invés de reduzir seus lucros e combater as *fake news*. Sem opções [de trocar de rede social] e com pouco poder de barganha, consumidores, empresas que precisam de publicidade e criadores de conteúdo têm capacidade limitada de levar seus negócios para outro lugar” (HUBBARD, 2017, p. 6) (tradução nossa)⁸⁷

Desta forma, não se pode negar que, ainda que não estejamos diante de um problema concorrencial concreto, há preocupação diante da disseminação das *fake news* considerando as práticas de discriminação que podem ser realizadas pelas principais redes sociais e plataformas de busca do mundo. Apesar da utilização do ferramental antitruste ser bem recebida e, de fato, ter o potencial de mitigar os efeitos deletérios de um mercado altamente concentrado (como é

including reduced product quality, reduced product variety, reduced service, or diminished innovation [...] *fake news* can be thought of as news with zero – or even negative – quality. [...] If a major news organization repeatedly published deliberately false news reports or unverified rumors, there would be significant reputational damage which likely would also result in financial loss.”

⁸⁷ Tradução livre da afirmação “[...] *fake news* is an antitrust problem because Facebook and Google are not just aggregators of news but also competitors to publishers, competing for ad dollars, user attention and data. [...] Their business incentives run counter to the interests of legitimate media companies, and they pull technological levers that harm media companies’ business models and advantage their own. To provide counter speech to *fake news*, legitimate news companies must be strong and well-financed. Because they lack meaningful competition, Facebook and Google – and the *fake news* purveyors who game their algorithms – have an outsized impact on the flow of information. The two firms can tailor their algorithms to serve their financial interests, rather than making profit-reducing changes to combat *fake news*. Without choice and lacking bargaining power, consumers, advertisers and content creators who want legitimate news prioritized instead of *fake news* have limited ability to take their business elsewhere.”

o mercado envolvido pelas redes sociais), por outro lado, os argumentos “pró” regulação das *fake news* pelo antitruste têm bases conceituais frágeis. Um exemplo da fragilidade reside em como definir os mercados relevantes nos casos analisados.

Trazendo mais complexidade aos argumentos acima, é importante considerarmos o posicionamento de Sacher e Yun, para os quais as *fake news* não seriam um problema antitruste. Os autores entendem que o direito antitruste deve se preocupar, exclusivamente, com a proteção do processo competitivo. Nesse sentido, destacamos que os autores entendem que:

[...] não está claro que as *fake news* têm um impacto negativo sobre as companhias tradicionais de mídia, inclusive em termos de tráfego de informação e visitas aos sites ou sobre a possibilidade de monetizar esse tráfego de visitas. [...] Para todos os efeitos, caso o Facebook esteja renegando as obrigações contratuais ou fazendo falsas declarações aos editores, estes assuntos seriam objeto de leis que versem sobre proteção do consumidor ou que prezem pelo *enforcement* dos contratos, não sendo matéria para o antitruste [...] Em segundo lugar, ver as alegações em um padrão de monopolização e estrutura de domínio levanta questões sobre se o *Facebook* tem uma posição dominante em um mercado antitruste bem definido; se tem a capacidade - ou incentivo - de realmente excluir os principais sites de notícias [...]. Finalmente, a identificação de notícias falsas é extremamente difícil e potencialmente sujeita a abusos, com um possível efeito inibidor sobre a liberdade de expressão [...]” (SACHER;YUN, 2017, p. 8) (tradução nossa)⁸⁸

Sobre os últimos argumentos colocados, é necessário reconhecê-los enquanto posição contrária aos primeiros e assumir as fraquezas expostas na aplicação da teoria concorrencial para controlar os efeitos das *fake news*. É necessário levar em consideração o posicionamento de Sacher e Yun e também ponderar se existiria algum mecanismo, ou algum instrumento de regulação, que poderia evitar as influências negativas advindas do exercício de poder de mercado das grandes empresas (i.e. quando se trata de *fake news*).

Há uma série de problemas apontados como originados das *fake news*, mas uma discussão necessária reside especificamente nos fundamentos da política antitruste e em seus objetivos, conforme trouxemos acima.

Não há dúvidas de que as *fake news* são extremamente prejudiciais à construção democrática dos países. As notícias falsas estão claramente vedadas tanto pelo Marco Civil da Internet quanto pela Constituição Federal brasileira (que veda o anonimato) e vêm prejudicando

⁸⁸ Tradução livre da afirmação “it is not clear that *fake news* has had a negative impact on actual news publishers, either in terms of traffic or the ability of publishers to monetize that traffic. To the extent Facebook is reneging on contractual obligations or engaging in misrepresentations to publishers, these are matters for contract or consumer protection law, not antitrust. Second, viewing the allegations in a standard monopolization and dominance framework raises questions regarding whether Facebook has a dominant position in a well-defined antitrust market; whether it has the ability — or incentive — to actually foreclose mainstream news sites; and whether there is any causal link between Facebook’s in-app browser and the decline of traditional news. Finally, identifying *fake news* is extremely difficult and potentially subject to abuse, with a possibly chilling effect on free speech.”

– ou tem potencial de prejudicar - economicamente os produtores formais de informação, nomeadamente as empresas de mídia tradicional.

Em adição, precisamos considerar que, em tese, as fontes são relativamente fáceis de identificação pelos algoritmos das redes sociais, que só não o fazem pois têm interesse econômico direto no engajamento social que estas notícias geram, como inclusive está demonstrado no site da empresa ao apresentar seu *feed* de notícias: i.e. lista atualizada regularmente que mostra as histórias de amigos, páginas e outras conexões, como um produto oferecido pela empresa, uma vez que aumentam o número de interações ocorridas dentro da rede social, e conseqüentemente, o lucro das suas empresas detentoras.

Entretanto, reconhecido o difícil cenário no qual as *fake news* se inserem e todos os elementos expostos acima, ainda assim precisamos considerar que, com base exclusivamente na Lei 12.529/11, a prática de disseminação de notícias falsas, por si, não passa a ser automaticamente enquadrada no arcabouço antitruste.

Vislumbra-se a necessidade da análise caso-a-caso para identificar em quais circunstâncias a prática poderia ser tipificada como um ilícito antitruste. Diante da configuração do ilícito, outro desafio seria avaliar se a autoridade antitruste consegue dar as respostas em “tempo econômico” diante dos efeitos automáticos e muitas vezes irreversíveis das *fake news*.

4. EXPLORANDO POSSIBILIDADES: UMA ANÁLISE HIPOTÉTICA DO FACEBOOK

Buscando contribuir para o debate e fomentar a discussão sobre a aplicação dos instrumentos antitruste no combate às *fake news*, traçamos uma situação hipotética envolvendo o *Facebook*. A escolha do *facebook* se deu por ser a maior rede social com proeminência nos problemas relacionados à veiculação de notícias falsas⁸⁹, assim como por ser a referência dos artigos publicados sobre o tema nos EUA (SACHER; YUN, 2017 e HUBBARD, 2017). Entretanto, faremos um esforço adicional em contextualizar o tema dentro da realidade brasileira.

Desta forma, será assumida uma definição de mercado relevante mais restritiva apenas para fomentar a discussão sobre as potências práticas em torno das *fake news* no ambiente

⁸⁹ A empresa foi recentemente denunciada por possível utilização indevida de dados dos usuários para fins políticos. Veja-se: MARTÍ, S. Entenda o escândalo do uso de dados do Facebook. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 de Março de 2018.

concorrencial brasileiro.

Em primeiro lugar, é possível observar que o *Facebook* é a rede social mais utilizada pelas pessoas no Brasil, responsável por cerca de 55% do tráfego de usuários no mercado de redes sociais no Brasil no ano de 2017⁹⁰.

Os dados sobre o tráfego dos usuários-consumidores, adicionado ao fato de que o *Facebook* é responsável, atualmente, por 41,7% do faturamento total originado por propaganda online em *displays* (desktop, laptop e celulares) nos EUA. Os dados disponíveis no quadro abaixo nos permitem inferir que estamos lidando com um gigante da era digital, que segue em clara expansão:

Net US Digital Display Ad Revenues, by Company, 2016-2019
billions, % change and % of total

	2016	2017	2018	2019
Facebook	\$12.37	\$16.33	\$20.21	\$23.89
—% change	54.1%	32.1%	23.7%	18.3%
—% of total	35.4%	39.1%	41.7%	43.7%
Google	\$4.83	\$5.24	\$5.94	\$6.72
—% change	14.8%	8.4%	13.5%	13.0%
—% of total	13.8%	12.5%	12.3%	12.3%
Twitter	\$1.36	\$1.30	\$1.30	\$1.32
—% change	6.4%	-4.7%	0.6%	1.1%
—% of total	3.9%	3.1%	2.7%	2.4%
Yahoo	\$1.26	\$1.29	\$1.30	\$1.31
—% change	-0.5%	2.0%	1.0%	1.0%
—% of total	3.6%	3.1%	2.7%	2.4%
Verizon (AOL and Millennial Media)	\$1.06	\$1.11	\$1.16	\$1.20
—% change	6.0%	5.0%	4.4%	3.9%
—% of total	3.0%	2.7%	2.4%	2.2%
Amazon	\$0.84	\$1.10	\$1.43	\$1.80
—% change	58.0%	32.0%	29.2%	26.3%
—% of total	2.4%	2.6%	2.9%	3.3%
Snapchat	\$0.30	\$0.77	\$1.28	\$2.20
—% change	441.8%	157.8%	65.7%	72.7%
—% of total	0.9%	1.8%	2.6%	4.0%
Microsoft (LinkedIn)	\$0.46	\$0.51	\$0.56	\$0.63
—% change	-	10.3%	11.2%	11.1%
—% of total	1.3%	1.2%	1.2%	1.1%
IAC	\$0.06	\$0.07	\$0.08	\$0.09
—% change	16.8%	12.3%	12.0%	10.0%
—% of total	0.2%	0.2%	0.2%	0.2%
Total digital display ad spending	\$34.90	\$41.74	\$48.42	\$54.68

Note: includes advertising that appears on desktop and laptop computers as well as mobile phones, tablets and other internet-connected devices; net ad revenues after companies pay traffic acquisition costs (TAC) to partner sites; includes banner ads and other (static display ads such as Facebook's News Feed Ads and Twitter's Promoted Tweets), rich media, sponsorships and video (including advertising that appears before, during or after digital video content in a video player)
Source: company reports; eMarketer, March 2017

223931 www.eMarketer.com

Fonte: www.emarketer.com

⁹⁰ STATCOUNTER. **Gráficos**. Disponível em: <<http://gs.statcounter.com/>> Acesso em: 26 de Março de 2018.

Portanto, para fins meramente exploratórios dos argumentos apontados nos capítulos acima, partimos de uma definição hipotética mais restritiva de mercado relevante. Na presente análise definiremos o mercado como sendo o de “serviço de publicidade e propaganda online dentro do ambiente do *Facebook*”⁹¹.

Diferentemente dos argumentos de Hubbard (2017) e de Sacher e Yun (2017), que trouxeram o tema com base no exemplo do *Facebook*, aqui exploramos a possibilidade da empresa não ser apenas um concorrente da mídia tradicional, competindo por publicidade, mas, também, como uma nova ferramenta de propagação de publicidade que as próprias mídias tradicionais (jornais, revistas e portais de informação) se veriam “obrigadas” a utilizar para obter a atenção do usuário⁹².

Desta forma, a quantidade dos dados pessoais capturados pela empresa poderia significar – pelo menos em tese, diante deste cenário hipotético - uma verdadeira *essential facility*⁹³ para as demais empresas anunciantes, na medida em que estas últimas têm como objetivo final conhecer o seu consumidor e aprimorar cada vez mais a comunicação publicitária entre o seu produto e aquele que o consome. Este aprimoramento é fornecido justamente pelo *Facebook*, na medida em que tem acesso a inúmeras informações pessoais dos seus usuários, como idade, nome, local de moradia, personalidade, interesses de consumo e até o computador através do qual se acessa a internet.

Nesse sentido, poderiam surgir argumentos de barreiras à entrada de novos concorrentes, na medida em que a quantidade de dados dos usuários detida pelo *Facebook* - enquanto recursos de propriedade exclusiva da empresa, perfazendo uma vantagem exclusiva - e o nível de integração entre estes dados e as publicidades veiculadas para os usuários (cadeia

⁹¹ Para melhor compreensão sobre o mercado analisado no caso Facebook/WhatsApp (Case nº COMP/M.7217) na Europa, veja-se: BAGNOLI, Vicente, *The Big Data Relevant Market As a Tool for a Case by Case Analysis at the Digital Economy: Could the EU Decision at Facebook/WhatsApp Merger Have Been Different?* (June 12, 2017). O autor explica: “[...] at Facebook/WhatsApp merger case another two feasible theories of harm raised to verify if Facebook could strengthen its position in online advertising. By introducing advertising on WhatsApp the EU Commission considered the existence of a sufficient number of other existing and potential competitors. By using WhatsApp as a potential supply of user data for the reason of improving Facebook’s advertising activities the EU Commission considered the existence of a large amount of Internet user data that are valuable for advertising purposes.” (Id. Ibid. p. 04).

⁹² O mercado relevante a ser analisado deve ser definido enquanto as suas duas dimensões, geográfica e de produto ou serviço. No que diz respeito à dimensão geográfica, para fins meramente exploratórios da nossa análise atribuiremos a dimensão nacional, enquanto limite geográfico, tendo em vista as limitações apresentadas pela restrição oferecida pela língua portuguesa, bem como aquelas oferecidas pelos registros de domínio e hospedagem do *Facebook*.

⁹³ “[...] essential facilities doctrine specifies when the owner(s) of an ‘essential’ or ‘bottleneck’ facility is mandated to provide access to that facility at a ‘reasonable’ price. For example, such a doctrine may specify when a railroad must be made available on ‘reasonable’ terms to a rival rail company or an electricity transmission grid to a rival electricity generator” (OECD, 1996, p. 1). No mesmo sentido veja-se GABAN, 2011, p. 127.

integrada) colocariam um potencial competidor (entrante) em desvantagem com relação ao agente econômico estabelecido, exigindo maiores custos financeiros e tempo para que o capital investido seja adequadamente remunerado.

A análise hipotética poderia se basear na estrutura de mercado e nas potenciais práticas restritivas, uma vez que, tanto pela participação de mercado quanto pelo potencial poder de mercado do *Facebook*, o preço exigido (como contrapartida pela prestação dos serviços de publicidade e propaganda, aparentemente) não influenciaria a permanência ou retirada das empresas anunciantes, dado o número de usuários da rede social. Contudo, para esta análise seria importante entender outras variáveis (por exemplo, o grau de concorrência online e off-line, os padrões contratuais dentro da rede etc.), o que não é o escopo da presente pesquisa. Consequentemente, diante deste cenário, não é possível um aprofundamento desta questão de modo apropriado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise das *fake news* dentro da perspectiva antitruste não é simples e muito menos trivial. Sacher e Yun alegam que “a identificação de notícias falsas é extremamente difícil e potencialmente sujeita a abusos, com um efeito possivelmente negativo sobre a liberdade de expressão” (2017, p. 8). De fato, este é um problema que deve ser considerado e que põe em cheque dois aspectos: i. se as *fake news* merecem algum controle regulatório, e ii. se a eventual regulação das *fakes news* mereceria atenção da política antitruste. Quer parecer que, ao menos no contexto brasileiro, essa questão pode ser eventualmente analisada, de forma mais adequada, por meio de mecanismos de *advocacy* do que por meio dos instrumentos tradicionais de controle de condutas e estruturas.

A análise das *fake news* na perspectiva antitruste tem sido motivada nos EUA por questões recentes relacionadas à empresa Facebook. Por essa razão, visando trazer a discussão para o cenário brasileiro, traçamos uma situação hipotética de posição dominante em um mercado relevante também hipoteticamente definido.

Consciente dos problemas – reais ou potenciais - trazidos pelas *fake news*, o próprio *Facebook* vem demonstrando um esforço para combater o engajamento em torno deste tipo de

postagem⁹⁴. Entre as principais providências que a empresa tornou pública estão a iniciativa de eliminar os incentivos econômicos dos sites que produzem *fake news*, o desenvolvimento de novos produtos para reduzir a propagação de notícias falsas e o aumento da diversidade de informações locais, além da criação de mecanismos⁹⁵ que supostamente ajudam as pessoas na tomada das decisões diante do compartilhamento das *fake news*. Tais mecanismos têm como objetivo não só melhorar a reputação da empresa (que possui capital aberto) mas, também, buscam refletir diretamente no bem-estar do consumidor, este último defendido pela doutrina como um dos objetivos da política antitruste.

Desta forma, ampliando a discussão para todo ambiente digital, ao facilitar - ou ao não controlar - a expansão e manutenção das *fake news*, consideramos ao menos a existência dos efeitos potenciais para a concorrência. Entretanto, a pressão concorrencial, por si só, não significa que o tratamento das *fake news* deva passar pelo instrumental oferecido pela análise antitruste. A análise antitruste e seu respectivo controle dependerá do encaixe do fenômeno específico aos critérios da lei. Pelo menos no Brasil esse é o entendimento da Lei. 12.529/11.

Há outras formas possíveis de mitigar os efeitos deletérios das *fake news*. Os ajustes nos ambientes virtuais das redes sociais podem, por exemplo, facilitar a responsabilização dos geradores de notícias pelos seus atos, o que diminuiria sensivelmente as externalidades negativas das *fake news*, sem, entretanto, exigir a aplicação da regulação antitruste.

Portanto, trazendo o debate para a realidade brasileira, os efeitos e os problemas potenciais que emergem das *fake news* para o ambiente concorrencial não são automaticamente subsumíveis aos critérios do nosso direito antitruste. Ainda que se considerem plataformas e redes sociais como agentes dotados de poder econômico, considerando os dados públicos, não estão claramente identificadas evidências de prejuízos concorrenciais e econômicos para as empresas de mídia tradicional quando são avaliados os efeitos do fenômeno das *fake news*.

Por fim, ainda que a aplicação das ferramentas do direito antitruste aos casos envolvendo *fake news* seja entendida como uma tentativa de extensão da política concorrencial a temas solucionados mais facilmente por outras áreas do direito (como a legislação eleitoral ou até mesmo por procedimentos internos de cada rede social), é importante considerar que, no futuro, o tema pode ser enfrentado pelas autoridades (i.e. o CADE, no Brasil) caso abusos sejam

⁹⁴ MOSSERI, Adam. Combatendo notícias falsas e boatos. Facebook Newsroom. 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://br.newsroom.fb.com/news/2016/12/combate-noticias-falsas-e-boatos/>> Acesso em: 26 de Março de 2018.

⁹⁵ Faz-se referência aqui ao programa do Facebook que trabalha com organizações externas de checagem de fatos e às medidas para reduzir os incentivos financeiros aos produtores de spam. CF. MOSSERI, Adam. Combatendo notícias falsas e boatos. Facebook Newsroom. 15 de dezembro de 2016.

identificados com base em nossa legislação. Considerando a velocidade da era digital e o poder econômico – real ou potencial - emanado pelas mídias sociais, talvez este futuro esteja mais próximo do que possamos imaginar.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVERITT, N.W.; LANDE, R.H. Using the "consumer choice" approach to antitrust law. **Antitrust Law Journal**, Vol. 74, Issue No. 1, 2007, pp. 175-264. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/27897545>> Acesso em: 28 de maio de 2018.

BAGNOLI, Vicente, The Big Data Relevant Market as a Tool for a Case by Case Analysis at the Digital Economy: Could the EU Decision at Facebook/WhatsApp Merger Have Been Different? (June 12, 2017). **Ascola Conference 2017**. Disponível em: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3064795>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3064795>> Acesso em: 28 de maio de 2018.

BOGUS, C. The new road of serfdom: the curse of bigness and the failure of antitrust. **University of Michigan Journal of Law Reform**, Vol. 49, Issue No. 1, 2015, pp. 85-114.

BORK, R. Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy. **Columbia Law Review**. Vol. 65, 1965.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 26 de Março de 2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça. Portaria Conjunta SEAE/SDE Nº 50: **Guia para análise econômica de Atos de Concentração horizontal**. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/guias/portconjseae-sde.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei de nº 473 de 2017**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar o crime de divulgação de notícia falsa. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131758>>. Acesso em: 26 de Março de 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei de nº 6812 de 2017. Dispõe sobre a tipificação criminal da divulgação ou compartilhamento de informação falsa ou incompleta na rede mundial de computadores e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122678>>. Acesso em: 26 de Março de 2018.

BRASIL. **Projeto de lei nº 7604/2017 - Dispõe sobre a aplicação de multa pela divulgação de informações falsas pela rede social e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136633>>. Acesso em: 26 de Março de 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 9532/2018 - Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral, para dispor sobre as fake news e dá outras providências**. Disponível em

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167859>.

Acesso em: 26 de Março de 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 9533/2018 - Altera a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências, para dispor sobre o incitamento através das redes sociais.** Disponível em

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167860>.

Acesso em: 26 de Março de 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 9554/2018 - Acrescenta artigo ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar o crime de divulgação de informação falsa – fake news.** Disponível em: <

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136633>. >

Acesso em: 26 de março de 2018.

DAVIS, C.; VAROL, O.; FERRARA, E.; FLAMMINI, A.; MENCZER, F. **Bot or Not: a system to evaluate social bots.** 2016. Disponível em: < <https://arxiv.org/pdf/1602.00975.pdf> >

Acesso em: 10 de junho de 2018.

DAVIS, C.; VAROL, O.; FERRARA, E.; FLAMMINI, A.; MENCZER, F. A. **The rise of social bots.** In: Communications of the ACM, v. 59, n. 2, 2016.

EMARKETER. Google, **Facebook Increase Their Grip on Digital Ad Market.** 14 de Março de 2017. Disponível em: <www.emarketer.com>. Acesso em: 26 de Março de 2018.

FORTUNE. **Why Google and Facebook Prove the Digital Ad Market Is a Duopoly.** Fortune. 28 de Julho de 2017. Disponível em: <<http://fortune.com/2017/07/28/google-facebook-digital-advertising/>> Acesso em: 26 de Março de 2018.

MATERNIS, Bertins; AGUIAR, Luis; GOMEZ-HERRERA, Estrella; MUELLER-LANGER, Frank. **The Digital Transformation of News media and the rise of desinformation and fake news - An economic perspective;** Digital Economy Working Paper 2018-02; JRC Technical Reports.

MARTÍ, S. **Entenda o escândalo do uso de dados do Facebook.** Folha de São Paulo, São Paulo, 22 de Março de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/entenda-o-escandalo-do-uso-de-dados-do-facebook.shtml>>. Acesso em: 26 de março de 2018

MOSSERI, Adam. **Combatendo notícias falsas e boatos.** Facebook Newsroom. 15 de dezembro de 2016. Disponível em: < <https://br.newsroom.fb.com/news/2016/12/combate-noticias-falsas-e-boatos/> > Acesso em: 26 de Março de 2018.

OECD. Policy Roundtables – **The Essential Facilities Concept.** Paris, 1996. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuse/1920021.pdf>>. Acesso em: 27 de março de 2018.

RUEDIGER, Marco Aurélio. **Robôs, redes sociais e política no Brasil** [recurso eletrônico]: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo

eleitoral de 2018. FGV, DAPP, 2017.

FONSECA, Francisco. Mídia, poder e democracia: teoria e práxis dos meios de comunicação **Revista Brasileira de Ciência Política**, no 6. Brasília, julho - dezembro de 2011, p. 41-69.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência e democracia**. Artigo para o jornal JOTA. 07 de Março de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/direito-da-concorrenca-e-democracia-o-que-um-tem-ver-com-o-outro-07032018>>. Acesso em: 27 de março de 2018.

GABAN, Eduardo Molan, e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

GABAN, Eduardo Molan. **Monopólio postal à luz do direito constitucional e do direito antitruste – um estudo comparado das experiências europeia e norte-americana**. Tese de doutorado. PUC-SP, 2011.

GRUNES, A. **Is Fake News a Competitive Problem?** CPI Antitrust Chronicle, December 2017.

HOVENKAMP, H. **Antitrust Policy and Inequality of Wealth**. Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2017.

HUBBARD, S. **Fake News Is A Real Antitrust Problem**. 19 de Dezembro de 2017, CPI Antitrust Chronicle. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/12/CPI-Hubbard.pdf>> Acesso em: 27 de Março de 2018.

ICN. **The competition network**, 2013. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org>> Acesso em: 08 de Abril de 2018.

LUDÍCIBUS, Sérgio de. **Teoria da Contabilidade**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MACEDO, Fausto. **Mudanças no Facebook podem afetar as eleições e favorecer fake news**. Jornal Estado de São Paulo. 12 de Fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/mudancas-no-facebook-podem-afetar-eleicao-e-favorecer-fake-news-indicam-especialistas/>> Acesso em: 26 de Março de 2018.

MARTI, Silas. Entenda o escândalo do uso de dados do Facebook. 21 de Março de 2018. Folha de São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/entenda-o-escandalo-do-uso-de-dados-do-facebook.shtml>>. Acesso em: 26 de Março de 2018.

MARTINS, Eliseu. **Contribuição à Avaliação do ativo Intangível**. 1972. Tese (Doutorado em Controladoria e Contabilidade) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo.

MOSSERI, Adam. **Combatendo notícias falsas e boatos. Facebook Newsroom**. 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://br.newsroom.fb.com/news/2016/12/combate-noticias-falsas-e-boatos/>> Acesso em: 26 de Março de 2018.

OECD. Policy Roundtables. **The Essential Facility Concept**. 1996. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/34/20/192021.pdf>. Acesso em: 08 de Abril de 2018.

ORBACH, B & REBLING, G. **The antitrust curse of bigness**. 85 Southern California Law Review 605, 2012.

PITOFISKY, R. **The Political Content of Antitrust**. 127 University of Pensilvania. Law Review, p. 1051-1075, 1979.

RUEDIGER, M. A (Coord.). **Robôs, redes sociais e política no Brasil [recurso eletrônico]: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018**. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017

SACHER, S. B.; YUN, J. M., **Fake News is Not an Antitrust Problem**, 19 de Dezembro de 2017, CPI Antitrust Chronicle, December 2017. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3090649>> Acesso em: 26 de Março de 2018.

SECRETARIA ESPECIAL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA [SECOM/PR]. **Pesquisa Brasileira de Mídia 2016 - Hábitos de consumo de mídia pela população brasileira**. Disponível em: <<http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativasde-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midiapbm-2016-1.pdf/view>>. Acesso em: 26 de Março de 2018.

SHAPIRO, C. **Antitrust in a Time of Populism**, 2017. Disponível em: <<https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/antitrustpopulism.pdf> > Acesso em: 26 de Março de 2018.

STATCOUNTER. **Gráficos**. Disponível em: <<http://gs.statcounter.com/>> Acesso em: 26 de Março de 2018.

Eficiência e ideologia: inovação, desigualdade e o custo dos erros na tecnocracia antitruste

Bruno Braz de Castro⁹⁶

RESUMO

A pretensa neutralidade política do critério de eficiência econômica – apresentado como objetivo normativo apto a viabilizar uma implementação tecnocrática do antitruste ao redor do mundo – representa, em verdade, a invisibilização de sua ideologia. O presente artigo evidencia as opções políticas subjacentes: (i) à formulação do critério da eficiência, evidenciando quais valores econômicos positivos e negativos são associados à concentração econômica; (ii) à implementação do modelo, já que, não obstante seu aspecto técnico, a interpretação e aplicação do modelo da eficiência depende de presunções simplistas sobre o funcionamento da economia, derivadas de escolhas políticas dos formuladores/aplicadores da lei (em especial, a avaliação sobre os custos de erros como falsas condenações e falsas absolvições). Conclui-se que compreender tais escolhas políticas é fundamental à avaliação da compatibilidade do transplante de modelos estrangeiros para convergência internacional do direito da concorrência.

Palavras-chave: Direito da Concorrência; Antitruste; Ideologia; Desigualdade; Inovação; Eficiência Dinâmica; Análise do Custo de Erros.

ABSTRACT

The alleged political neutrality of the efficiency standard – considered by many the normative goal fit to ensure a technocratic antitrust enforcement around the globe – stands, in fact, for an invisibilization of its ideology. This article highlights the political options underlying: (i) the drafting of the efficiency criterion, demonstrating which positive and negative economic values are assigned to the economic concentration; (ii) the model implementation, since, regardless of its technical aspect, the enforcement of the efficiency model depends on simplistic, untested assumptions regarding the economy's functioning which are dependent upon political choices made by the enforcers (specially the assessment of enforcement error costs). It concludes that understanding these political choices is essential to the assessment of compatibility of foreign models' transplant to international convergence of competition law.

Keywords: Competition Law; Antitrust; Ideology; Inequality; Innovation; Dynamic Efficiency; Error Cost Analysis.

⁹⁶ Doutor (2017), Mestre (2012) e Bacharel (2009) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2012). Prêmio IBRAC/ESSO (edição de 2008) de monografias em Direito da Concorrência (2º Lugar - Categoria Graduação). Prêmio Literário CIEE/CADE (edição de 2009 - 1º Lugar). Professor, advogado e consultor. E-mail: braz.castro@gmail.com .

SUMÁRIO: 1) Introdução: a “revolução” da Escola de Chicago e a tecnocracia antitruste. 2) A formulação do modelo: qual eficiência? 2.1) Eficiência econômica e padrões de bem-estar. 3) O que o modelo da eficiência econômica exclui de sua análise? 3.1) O estático e o dinâmico na análise concorrencial. 3.2) A questão distributiva. 3.3) Outras questões econômicas, políticas e sociais. 4) Dos limites da economia aos limites do antitruste: a implementação do modelo da eficiência econômica. 4.1) A teoria do custo dos erros. 5) Considerações finais

1) Introdução: a “revolução” da Escola de Chicago e a tecnocracia antitruste

O debate sobre as finalidades do direito concorrencial continua sendo pautado pelos resultados da “revolução”⁹⁷ marcada pelo pensamento da Escola de Chicago no antitruste dos EUA, a partir do fim dos anos 1970⁹⁸.

Em linhas gerais, a contribuição da Escola de Chicago para o antitruste tem dois eixos: a *formulação* e a *implementação* da política pública. O primeiro, especialmente estabelecido a partir da obra “Paradoxo Antitruste” de Bork⁹⁹, é a teoria de que a política concorrencial será formulada em função da finalidade do *bem-estar do consumidor* (no sentido da *eficiência econômica alocativa*, não obstante certa confusão terminológica relacionada à escolha dos padrões de bem-estar).

Estabelecida a eficiência alocativa como finalidade do antitruste, o segundo eixo das contribuições de Chicago buscou reorientar a *implementação* da política concorrencial. De um lado, verificam-se formulações teóricas sustentando que boa parte das práticas condenadas pelo antitruste até então - como a fixação de preço de revenda, venda casada, preço predatório, recusa de venda, integração vertical, etc. - possuíam justificativas de eficiência e, portanto, seriam pró-competitivas¹⁰⁰. De outro, mesmo nos casos (excepcionais) em que tais práticas poderiam ser anticompetitivas, produziu-se grande ceticismo quanto à capacidade de o Estado diferenciar práticas eficientes de ineficientes e, mesmo então, desenhar uma intervenção apta a melhorar a situação econômica em relação à não-intervenção¹⁰¹. Práticas excepcionalmente prejudiciais, outrossim, tenderiam à autocorreção, já que, havendo exercício de poder de mercado com

⁹⁷ A mudança na direção da interpretação da legislação antitruste pela Suprema Corte dos EUA – especialmente após a indicação, pelo Presidente Nixon, de novos juízes para o órgão, alinhados a esse ideário, ficou conhecida como a “Revolução de Chicago” KOVACIC, William E; SHAPIRO, Carl, Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking, **Journal of Economic Perspectives**, v. 14, n. 1, p. 43–60, 2000, p. 54.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 53.

⁹⁹ BORK, Robert H., **The Antitrust Paradox**, 1993 New I. Nova York: The Free Press, 1978.

¹⁰⁰ POSNER, Richard A., The Chicago School of Antitrust Analysis, **University of Pennsylvania Law Review**, v. 127, p. 925-, 1979, p. 727.

¹⁰¹ EASTERBROOK, Frank H., The Limits of Antitrust, **Texas Law Review**, v. 63, n. 1, 1984.

elevação de preços, tal situação atrairia entrantes, que retornariam o mercado ao equilíbrio competitivo. À premissa da autocorreção alinha-se a ideia da instabilidade de cartéis e posições dominantes, uma vez que barreiras à entrada são presumidas como um problema de pouca importância (“fantasmas” habitando a teoria do antitruste, na expressão de Bork¹⁰², exceto quando impostas pelo próprio Estado¹⁰³).

A incorporação da análise econômica aos procedimentos antitruste levou a uma escalada de complexidade e incerteza na solução dos casos, o que levou a Suprema Corte a limitar o escopo de ação estatal e criar “portos seguros” para empresas dominantes, para evitar condenações errôneas (erros tipo I), consideradas mais prejudiciais que absolvições equivocadas (erros tipo II)¹⁰⁴.

Ademais, com base em uma visão estilizada da “seleção natural” de Darwin¹⁰⁵, Chicago atribui maior deferência aos resultados de mercado, tratando a posição dominante como provável resultado de eficiência superior, não de acúmulo de poder econômico sob uma estrutura deficitária de mercado. Orienta-se, então, o foco do antitruste ao combate aos cartéis e controle de fusões horizontais, com postura minimalista face a práticas exclusionárias¹⁰⁶.

Como resultado, esse período foi marcado por uma considerável redução do horizonte de possibilidades de atuação estatal possível, no antitruste estadunidense. Em especial, uma das repercussões mais duradouras da revolução de Chicago foi a tendência à exclusão de considerações não-baseadas na eficiência econômica do universo de discussões possíveis acerca das finalidades do antitruste¹⁰⁷. Os termos do debate passaram a ficar, progressivamente, restritos a complexas questões internas à teoria econômica do bem-estar, ou, quando muito, no debate acerca dos padrões de bem-estar do excedente do consumidor e do excedente total, parâmetros que só raramente fazem diferença ao resultado final da análise. Essa tendência não foi amenizada pelas relativizações de sua ortodoxia pelo movimento Pós-Chicago¹⁰⁸.

¹⁰² BORK, *The Antitrust Paradox*, p. 310.

¹⁰³ HOVENKAMP, Herbert, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 4th. ed. St. Paul, Minnesota: West, 2011, p. 72.

¹⁰⁴ É esse, por exemplo, o raciocínio que a Suprema Corte desenvolveu quando restringiu o escopo possível de prática de preço predatório em decisões como *Matsushita* (1986), *Cargill* (1986) e *Brooke Group* (1993). Nessas decisões, criou-se um “porto seguro”, quanto ao ilícito de preço predatório, para empresas precificando acima de certa medida dos custos (como o custo variável médio). Essa interpretação baseou-se nos argumentos da raridade de ocorrência da prática, da probabilidade de sua autocorreção e o risco de que o antitruste possa “esfriar a própria conduta que a lei antitruste é desenhada para proteger” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA., *Matsushita v. Zenith Ratio Corp.*, p. 475 U.S. 574, 1986 - Tradução Livre..

¹⁰⁵ ADAMS, Walter; BROCK, James W., *Antitrust, Ideology, and The Arabesques of Economic Theory*, *University of Colorado Law Review*, v. 66, n. 2, p. 257–327, 1995, p. 285.

¹⁰⁶ BUDZINSKI, Oliver, *Monoculture versus Diversity in Competition Economics*, Marburg: [s.n.], 2007, p. 6.

¹⁰⁷ JACOBS, Michael S, *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, *North Carolina Law Review*, v. 74, n. 1, p. 219, 1995, p. 234.

¹⁰⁸ Para Kovacic e Shapiro, já na década de 1990, estaria ocorrendo uma “síntese Pós-Chicago”, no âmbito da qual alguns

Embora não faltem críticos ao “déficit democrático” derivado do confinamento do debate a aspectos técnicos cada vez mais complexos¹⁰⁹, a situação é celebrada, por muitos, como um giro “tecnocrático” na implementação do antitruste. A tecnocracia é, aqui, apresentada como a aplicação da lei por especialistas, sob considerações técnicas, sem juízos políticos ou ideológicos, que seriam estranhos à teoria econômica¹¹⁰. A tecnocracia seria a alternativa a instituições “populistas” “democráticas ou parcialmente democráticas” que seriam contaminadas por preocupações políticas, sociais e econômicas não-baseadas na eficiência¹¹¹.

Tal tecnocracia se teria tornado possível em razão do suposto fato de que “a maioria das questões contenciosas no antitruste são não-ideológicas” (CRANE, 2008, p. 58 – tradução livre)¹¹², de modo que, alcançado o consenso sobre questões políticas fundamentais, o que resta a debater no antitruste seriam questões técnicas, isentas de juízos políticos de valor¹¹³.

Assim é que Easterbrook já observara que “a legislação antitruste tornou-se um ramo da organização industrial, ela própria um ramo da Economia” (EASTERBROOK, 1987, p. 305 – tradução livre)¹¹⁴, e Posner, analisando as divergências entre as Escolas de Chicago e Harvard em 1979, concluía que “[d]iferenças permanecem, mas cada vez mais elas são técnicas em vez de ideológicas” (POSNER, 1979, p. 948 - tradução livre)¹¹⁵.

O presente artigo tem como objetivo responder à seguinte pergunta: as questões de ideologia no antitruste teriam sido superadas ou *invisibilizadas*? A resposta passa por demonstrar que o direito da concorrência é uma área intensamente política, por constituir o regramento da atividade econômica, mediando os interesses de diversos pólos distintos – consumidores, empresários, trabalhadores, agentes públicos e a coletividade interessada na

elementos da ortodoxia de Chicago são objeto de flexibilização, à luz de novas perspectivas teóricas KOVACIC; SHAPIRO, *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*, p. 55.. Essas perspectivas incluem a teoria dos jogos, teoria dos contratos, e novos avanços da teoria da organização industrial VICKERS, John, *Competition Law and Economics: A Mid-Atlantic Viewpoint*, **European Competition Journal**, v. 3, n. 1, p. 1–15, 2007, p. 3.. Esses avanços, contudo, direcionam-se mais ao segundo eixo da contribuição de Chicago (análise da eficiência de determinadas práticas e intervenções) do que o primeiro eixo (a eficiência econômica como finalidade do antitruste) JACOBS, *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, p. 242..

¹⁰⁹ FIRST, Harry; WALLER, Spencer Weber, *Antitrust’s Democracy Deficit*, **Fordham Law Review**, v. 81, p. 2543–2574, 2013.

¹¹⁰ BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel, *Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement*, **Fordham Law Review**, v. 81, p. 2497–2541, 2013, p. 2505.

¹¹¹ CRANE, Daniel A., *Technocracy and Antitrust*, **Texas Law Review**, v. 86, 2008, p. 5.

¹¹² *Ibid.*, p. 58.

¹¹³ Afirma Crane: “*Em suma, o antitruste se entrega à tecnocracia nesse estado de seu desenvolvimento porque a disciplina alcançou uma posição de consenso sobre finalidades, a sociedade aceitou como legítimas tanto as instituições do capitalismo e controles governamentais sob essas instituições para preservar a concorrência, e o processo decisório do antitruste normalmente não envolve trade-offs explícitos entre os interesses de classes diferentes de pessoas. Com isso, o antitruste se distingue de muitas outras disciplinas regulatórias*” *Ibid.*, p. 60 - Tradução livre.

¹¹⁴ EASTERBROOK, Frank H, *Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks*, **Georgetown Law Journal**, v. 76, n. 2, p. 305, 1987, p. 305 - Tradução Livre.

¹¹⁵ POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, p. 948 - Tradução Livre.

proteção do meio ambiente, desenvolvimento econômico e tantas outras questões – sob uma visão de mundo que atribui papéis ao Estado e ao setor privado e define metas sociais (*finalidades*).

Assim, o próximo capítulo analisa as escolhas subjacentes à *formulação* do critério da eficiência, evidenciando quais valores econômicos positivos e negativos são associados à concentração econômica e, dentre os valores negativos, quais devem ser objeto do Direito e quais devem ser confiados à autocorreção do mercado. Então, analisam-se as escolhas políticas subjacentes à *implementação* do modelo: não obstante seu aspecto técnico, a interpretação e aplicação do modelo da eficiência dependem de presunções sobre o funcionamento da economia que derivam das escolhas políticas dos formuladores/aplicadores da lei. O último item apresenta considerações finais.

Apreciar essa questão é essencial a países em desenvolvimento, como o Brasil, uma vez que a pretensa neutralidade política do critério da eficiência tem sido o mote das iniciativas de convergência internacional da legislação concorrencial¹¹⁶.

2 – A formulação do modelo: qual eficiência?

Questionar a eficiência como objetivo de uma política pública parece um contrassenso, já que, afinal, dificilmente se defenderia a deliberada *ineficiência*, pura e simplesmente. É preciso ter em vista, contudo, que aqueles que defendem a eficiência como único critério normativo ao antitruste referem-se a um conceito específico: eficiência definida estritamente como maximização do bem-estar total.

Os pontos de partida para a reflexão ora proposta são dois problemas que podem ser levantados quanto ao uso de modelos econômicos como guia para a política pública.

Note-se, antes de tudo, que modelos econômicos constituem, necessariamente, simplificações da realidade, já que seu objetivo é a compreensão da interação entre poucas *variáveis* selecionadas, partindo da aceitação de algumas *premissas fundamentais*. A simplicidade é sua virtude: a realidade humana é complexa, e seu estudo só alcança generalidade às custas de abstração. Modelos são fundamentais à compreensão, portanto, por constituírem “simplificações desenhadas para mostrar como mecanismos específicos funcionam pelo isolamento deles de outros fatores que geram confusão”(RODRIK, 2015, cap.

¹¹⁶ GERBER, David J., **GLOBAL COMPETITION LAW CONVERGENCE: POTENTIAL ROLES FOR ECONOMICS**, [s.l.: s.n.], 2014.

1 – tradução livre)¹¹⁷. Pode-se compreender os modelos, então, como *narrativas* simplificadas com o objetivo de atribuir sentido à realidade ¹¹⁸.

O primeiro problema quanto ao uso de modelos econômicos na política pública diz respeito às *variáveis* isoladas por eles: é possível que alguma variável relevante para o desenrolar da situação concreta analisada não esteja incluída no modelo escolhido. O segundo problema diz respeito às *premissas* fundamentais a um modelo, que são, correntemente, pressupostos não-testados ou não-testáveis, tidos como “dados”. Esses pressupostos são *ideológicos*, no sentido de que incorporam valores que são derivados de uma visão de mundo precedente à análise.

É a partir de sua *visão* sobre os fatos iniciais, observa Schumpeter¹¹⁹, que o analista formula conceitos e esquemas, que, por sua vez, são testados em face de fatos adicionais, o que gera novas esquematizações. A construção do modelo, para Schumpeter, é justamente esse ciclo de interações entre trabalho empírico e teórico, que, invariavelmente, parte da visão inicial do analista¹²⁰. Essa visão de mundo constitui, para Schumpeter, a *ideologia* a partir da qual se constrói o trabalho científico¹²¹.

A adesão às premissas iniciais não-testadas (ou não-testáveis) sob as quais os modelos econômicos são construídos, por sua vez, corresponde também a um juízo valorativo, de concordância ideológica entre a visão de mundo expressa no modelo e a visão de mundo adotada pelo aplicador/reprodutor ¹²².

Constatar a influência da ideologia na consolidação e implementação dos modelos, por si só, não é algo negativo ou sequer passível (ou desejável) de eliminação do processo científico¹²³. O defeito, aqui, ocorre quando: as premissas iniciais do modelo econômico não estão presentes no caso concreto; não há suficiente consenso sobre elas; ou elas pressupõem valores diferentes dos abrigados pelo ordenamento jurídico, contrariando a “ideologia constitucionalmente adotada”, no dizer do Prof. Washington Peluso Albino de Souza¹²⁴. Tal questão torna-se ainda mais intrincada quando é obscurecida por um discurso de neutralidade

¹¹⁷ RODRIK, Dani, **Economics Rules: The Rights and Wrongs of the Dismal Science**, Kindle. Nova York e Londres: W. W. Norton & Company, 2015, cap. 1 - Tradução Livre.

¹¹⁸ SEDLACEK, Tomas, **Economics of Good and Evil: The Quest for Economic Meaning from Gilgamesh to Wall Street**, Nova York: Oxford University Press, 2011, p. 301.

¹¹⁹ SCHUMPETER, Joseph A, **History of Economic Analysis**, Ebook. Nova York: Routledge, 1954, p. 39.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 40.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² SEDLACEK, **Economics of Good and Evil: The Quest for Economic Meaning from Gilgamesh to Wall Street**, p. 302.

¹²³ Revisando o debate sobre o conceito de ideologia, cf. SOUZA, Washington Peluso Albino de, **Direito Econômico**, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 42–49..

¹²⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de, **Primeiras Linhas de Direito Econômico**, São Paulo: LTR, 2005, p. 29.

política ou negação de viés ideológico¹²⁵.

Observe-se, pois, que os problemas mencionados não derivam da natureza dos modelos, mas da insistência em sua utilização como única opção, negando-lhes o caráter parcial ou ideológico, ou, em outras palavras, do *universalismo* de seus proponentes. A emergência de diferentes contextos fáticos e valorativos deve estimular a permanente revisão dos modelos, que devem ser tidos como representações provisórias, derivadas de um conhecimento sempre incompleto da realidade¹²⁶.

É sobre esses problemas que a análise se irá desenrolar. Pergunta-se: qual a visão de mundo subjacente ao modelo econômico da maximização do bem-estar? Quais valores econômicos ele inclui (e quais ele exclui)? Qual o consenso sobre tais valores? Qual sua potencial influência na formulação e aplicação do direito concorrencial? Agrupando-se essas perguntas em uma só, questiona-se, então: qual eficiência?

2.1 Eficiência econômica e padrões de bem-estar.

O conceito de *eficiência econômica* é derivado da teoria neoclássica do bem-estar econômico que, para Bork, seria o único conhecimento capaz de atribuir racionalidade ao antitruste, por constituir matéria “intensamente lógica” derivada de premissas com largo fundamento empírico, segundo o autor ¹²⁷.

O bem-estar econômico total de determinado setor é a soma do *excedente (bem-estar) do consumidor* – a diferença entre o que os consumidores estariam dispostos a pagar por determinado bem e o que efetivamente pagam por ele – e do *excedente (bem-estar) do produtor* – a lucratividade obtida pelos produtores de determinado setor, ou a diferença entre o preço obtido e o custo de produção ¹²⁸.

Para a dimensão *alocativa* da eficiência econômica, sob o critério de Kaldor-Hicks¹²⁹, uma realocação de recursos é eficiente quando não há redução do bem-estar total: ganhos de

¹²⁵ Cf. Sedlacek: “as ideologias mais bem-sucedidas são aquelas que nós assumimos tão naturalmente, tão ideologicamente, que nós as sequer percebemos, que dirá as questionamos. No campo de batalha das ideias, o ‘home run’ de qualquer ideologia ou ideia é tornar-se tão enraizada de modo a parecer natural e que ‘sempre esteve ali’” SEDLACEK, **Economics of Good and Evil: The Quest for Economic Meaning from Gilgamesh to Wall Street**, p. 300 - Tradução Livre..

¹²⁶ Rodrik (2015) critica a atitude de alguns economistas que, diante da emergência de novos fatos, “descartam a contribuição mais valiosa de sua profissão: a multiplicidade de modelos desenhados para uma variedade de configurações – em favor da busca do único e exclusivo modelo universal” RODRIK, **Economics Rules: The Rights and Wrongs of the Dismal Science**, cap. 1 - Tradução Livre. alertando que, “[q]uando usados dogmaticamente, eles [os modelos econômicos] levam à arrogância e a erros na política pública”*Ibid.* - Tradução Livre.

¹²⁷ BORK, **The Antitrust Paradox**, p. 117.

¹²⁸ KAPLOW, Louis, On the choice of welfare standards in competition law, in: ZIMMER, Daniel (Org.), **The Goals of Competition Law**, Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2012, p. 04.

¹²⁹ Embora o critério mais citado para mensuração da eficiência alocativa seja a “eficiência de Pareto” – sob a qual uma determinada alocação de recursos é ótima quando é impossível melhorar a situação de um indivíduo sem prejudicar outro – é normalmente utilizada a variação “eficiência de Pareto potencial”, ou critério de compensação de Kaldor-Hicks, que estipula que a compensação pode ser apenas potencial.

bem-estar são superiores às perdas, de modo que os ganhadores podem compensar os perdedores, quer isso ocorra ou não¹³⁰.

O exercício do poder de mercado ocasiona a escassez artificial de determinado bem e provoca a formação de preços supracompetitivos, reduzindo o excedente do consumidor, porque, em comparação com um cenário de concorrência perfeita, os consumidores pagarão mais pelo acesso ao bem, ao passo que alguns perderão o acesso ao bem¹³¹. Tal redução do bem-estar do consumidor, contudo, é maior do que o aumento correspondente no excedente do produtor, já que, em razão de transações não-realizadas (por conta do aumento de preços) parte do excedente do consumidor é perdida (em vez de transferida aos produtores). Isso acarreta redução do bem-estar econômico total e, então, a ineficiência alocativa conhecida como “peso-morto do monopolista” (“*deadweight loss*”)¹³².

Há ainda as dimensões “produtiva” e “dinâmica” da eficiência. A eficiência *produtiva* refere-se à situação em que – dadas as possibilidades de produção em razão da tecnologia existente e insumos – é impossível produzir uma quantidade adicional de um bem sem sacrificar a produção de outro¹³³. A eficiência *dinâmica* refere-se à inovação e será discutida adiante.

A maioria das práticas questionadas no antitruste segue a tendência de acarretar redução do excedente do consumidor, pelo sobrepreço, ao passo que também reduz o bem-estar total, pela ineficiência alocativa de “peso-morto” (p.ex.: um cartel clássico). Alguns arranjos, contudo, apresentam efeitos ambíguos, quando contrapõem os efeitos de maximização do bem-estar total à maximização do excedente do consumidor, havendo um *trade-off* entre ineficiências alocativas e produtivas, que pode traduzir-se, ou não, na maximização do bem-estar total¹³⁴.

Exemplificando esse tipo de situação, destacam-se as concentrações entre concorrentes: uma fusão pode, por exemplo, acarretar consideráveis economias de custo, ao mesmo tempo em que aumente a aptidão e incentivo para exercício de poder de mercado. Se o aumento da eficiência produtiva é superior à ineficiência alocativa acarretada pela concentração, o efeito líquido sobre o bem-estar total é positivo, ao passo que, de todo modo, o excedente do

¹³⁰ HOVENKAMP, **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**, p. 83–84.

¹³¹ KAPLOW, On the choice of welfare standards in competition law, p. 04.

¹³² MOTTA, Massimo, **Competition Policy: Theory and Practice**, Nova York: Cambridge University Press, 2004, p. 54.

¹³³ KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin, **Microeconomics**, 3rd. ed. Nova York: Worth Publishers, 2013, p. 30. É provável que o monopólio acarrete perdas sociais decorrentes de ineficiência produtiva. Cf. MOTTA, **Competition Policy: Theory and Practice**, p. 58.

¹³⁴ KIRKWOOD, John B; LANDE, Robert H, The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency, **Notre Dame Law Review**, v. 84, n. 1, p. 191–244, 2008, p. 241.

consumidor é reduzido. A decisão do caso dependerá, então, do padrão de bem-estar adotado¹³⁵.

Em tais hipóteses, fica ainda mais evidente o caráter normativo das escolhas decisórias efetuadas pela autoridade concorrencial, vez que é necessário escolher entre priorizar a maximização do bem-estar do consumidor ou a maximização do bem-estar total. Em prol da escolha entre um ou outro objetivo, articulam-se conjuntos de proposições teóricas conhecidos como *padrões de bem-estar* (“welfare standards”).

Sob o padrão do *bem-estar total*, o objeto normativo do antitruste é promover a eficiência econômica, definida como a maximização do bem-estar econômico total (ou agregado) no mercado relevante, conforme o critério Pareto-potencial (princípio da compensação de Kaldor-Hicks) acima mencionado¹³⁶.

Um elemento importante do padrão do bem-estar total é a confusão terminológica que envolve sua formulação por Bork: ao mesmo tempo em que o autor estipula que a intenção do Congresso estadunidense, ao promulgar o Sherman Act, foi a maximização do “bem-estar do consumidor”, o autor define o termo de modo marcadamente distinto daquela da teoria econômica¹³⁷. Para Bork, perseguir o “bem-estar do consumidor” significa maximizar a riqueza de uma nação por uma alocação ótima de recursos, ampliando a produção de bens ao consumidor¹³⁸.

O bem-estar do consumidor em Bork é, então, equiparado ao bem-estar total, cabendo, então, ao antitruste “ampliar a eficiência alocativa sem prejudicar a eficiência produtiva tão consideravelmente a ponto de produzir nenhum ganho ou uma perda líquida no bem-estar do consumidor” (BORK, 1978, p. 71, tradução livre). Tal identificação de conceitos obscurece que – mesmo no modelo williamsoniano de bem-estar utilizado por Bork para sua exposição – a maximização do bem-estar total, não raro, caminha em sentido oposto à maximização do bem-estar do consumidor.

A principal repercussão dessa ideia é a indiferença com relação à distribuição de bem-estar entre os participantes do mercado. Como o bem-estar total é obtido a partir da soma entre os excedentes do consumidor e produtor, meras transferências entre um excedente e outro não

¹³⁵ SALOP, Steven C., Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard-Answer: The True Consumer Welfare Standard, *Loyola Consumer Law Review*, v. 22, n. 3, p. 336–353, 2010, p. 337.

¹³⁶ BLAIR; SOKOL, Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement, p. 2499.

¹³⁷ Essa manobra conceitual de Bork suscita diversas críticas na teoria norte-americana. Cf. Orbach (2010), que afirma que “o bem-estar do consumidor *Borkeano* nunca foi nada além de uma forma fraca de eficiência alocativa. Isso foi e ainda é um abuso do termo. Robert Bork confundiu, entendeu mal e abusou de conceitos básicos da economia quando popularizou o bem-estar do consumidor como a prescrição das leis antitruste” ORBACH, Barak Y, The Antitrust Consumer Welfare Paradox, *Journal of Competition Law and Economics*, v. 7, n. 1, p. 133–164, 2010, p. 16 - Tradução Livre..

¹³⁸ BORK, *The Antitrust Paradox*, p. 90.

são relevantes, já que não possuem impacto no valor de tal soma¹³⁹. O verdadeiro problema, para Bork, seria a redução de bem-estar total, o que, em outras palavras, significa que o antitruste deve ser dedicado à *geração* de riqueza, sendo indiferente à sua *distribuição*¹⁴⁰.

Segundo o padrão do *bem-estar do consumidor*, por outro lado, a finalidade do direito concorrencial é proteger o consumidor contra o exercício do poder de mercado. Assim, cabe à análise antitruste maximizar o bem-estar do consumidor, definido estritamente como o excedente do consumidor¹⁴¹.

O padrão do bem-estar do consumidor é, geralmente, considerado distributivo, por favorecer a transferência de riquezas para os consumidores em vez da ampliação da riqueza total¹⁴². Os defensores da abordagem consumerista, porém, alegam que o padrão do bem-estar total é que tem viés distributivo, por permitir transferências de renda dos consumidores para os produtores¹⁴³, ao passo o padrão do bem-estar do consumidor tão-somente impediria a transferência indevida de recursos entre consumidores e produtores, não *per se* distribuindo riqueza¹⁴⁴.

Se, contudo, os proponentes da abordagem do bem-estar para o antitruste justificam sua adoção em razão de sua objetividade e previsibilidade, a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA não tem sido atestado de tais virtudes. De fato, em algumas ocasiões, a Suprema Corte dos EUA diretamente cita a obra de Bork para estipular, como esse autor, que o Sherman Act é uma “*prescrição de bem-estar do consumidor*”. Por causa do uso impróprio do termo pelo autor (que utiliza a expressão como sinônimo de bem-estar total), contudo, a referência ao “bem-estar do consumidor” pela Corte não autoriza a conclusão de que ela também se referiria, como Bork, ao “bem-estar total”¹⁴⁵. Isso é também colocado em dúvida porque, em muitas decisões, a citação a Bork é acompanhada de uma análise do impacto de práticas econômicas sobre o excedente dos consumidores, o que não indica a adoção do padrão do bem-estar total¹⁴⁶.

¹³⁹ SALOP, Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard-Answer: The True Consumer Welfare Standard, p. 343.

¹⁴⁰ BORK, *The Antitrust Paradox*, p. 427.

¹⁴¹ KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert H., The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency, *Notre Dame L. Rev.*, v. 84, n. 1982, p. 191–243, 2008, p. 192.

¹⁴² FARRELL, Joseph; KATZ, Michael L, The Economics of Welfare Standards in Antitrust, *Competition Policy International*, v. 2, n. 2, 2006, p. 9; HOVENKAMP, Herbert, Implementing Antitrust ’ s Welfare Goals, *Fordham Law Review*, v. 81, n. 5, 2013, p. 2472.

¹⁴³ SALOP, Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard-Answer: The True Consumer Welfare Standard, p. 350.

¹⁴⁴ Para Kirkwood e Lande (2008, p. 200), a preocupação com a transferência de riquezas do consumidor para o produtor seria tão distributiva quanto o é a preocupação com o furto de bens, uma vez que o excedente do consumidor é considerado um direito de propriedade.

¹⁴⁵ BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel, The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach, *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 2, p. 471–504, 2012, p. 476.

¹⁴⁶ *Ibid.*

O entendimento geral é o de que a jurisprudência da Suprema Corte, especialmente a mais recente, chancela uma abordagem subordinada, em sua essência, à maximização do excedente do consumidor. Identifica-se, assim, a referência ao dano ao consumidor para aferição da legalidade de condutas, independentemente da magnitude das eficiências constatadas¹⁴⁷, ao passo que não se identificam decisões que se prestaram a calcular a ineficiência alocativa acarretada pelo exercício do poder de mercado¹⁴⁸. Esse reconhecimento é verdadeiro mesmo para autores que defendem a adoção do padrão do bem-estar total¹⁴⁹.

Destaque-se que, sob ambos os padrões de bem-estar, então, não há qualquer preocupação antitruste quando não se identifica elevação de preço aos consumidores em curto prazo. Havendo sobrepreço, então, sob o padrão do bem-estar total, é possível que uma conduta seja considerada lícita em razão da magnitude de suas eficiências (desde que superem a perda de bem-estar do consumidor decorrente do exercício de poder de mercado), sob o padrão do bem-estar do consumidor a pedra-de-toque é a elevação de preços, de modo que ganhos de eficiência só são decisivos na medida em que possam ser transferidos aos consumidores (através da redução de preços)¹⁵⁰

3 O que o modelo da eficiência econômica exclui de sua análise?

A “revolução” da Escola de Chicago não representa, a despeito do que se afirma, o nascimento de uma abordagem econômico-científica necessariamente neutra e universal para questões concorrenciais. A “revolução” representa, de fato, um esforço de universalização de uma visão específica da relação entre Estado e economia; em especial, a definição de quais efeitos da concentração econômica devem ser objeto de intervenção estatal, quais não merecem preocupação, e quais são, em verdade, benefícios¹⁵¹.

O que se deve ter em conta, então, é que o modelo de maximização do bem-estar total representa apenas *uma* visão, dentre as diversas possíveis no âmbito da própria teoria econômica, sobre o papel do antitruste nas sociedades contemporâneas.

O recurso unicamente aos elementos conceituais articulados por esse modelo econômico

¹⁴⁷ HOVENKAMP, Implementing Antitrust 's Welfare Goals, p. 2477.

¹⁴⁸ LANDE, Robert H., A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice, **Fordham Law Review**, v. 81, p. 2349–2403, 2013, p. 2387.

¹⁴⁹ Cf. p. ex.: HOVENKAMP, Implementing Antitrust 's Welfare Goals; BLAIR; SOKOL, Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement; ORBACH, The Antitrust Consumer Welfare Paradox.

¹⁵⁰ SALOP, Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard-Answer: The True Consumer Welfare Standard, p. 337.

¹⁵¹ Cf. RUBINFELD, Daniel L., On the Foundations of Antitrust Law and Economics, *in*: PITOFSKY, Robert (Org.), **How the Chicago School overshot the mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust**, New York: Oxford University Press, 2008, p. 51; STUCKE, Maurice E, Reconsidering Antitrust' s Goals, **Boston College Law Review**, v. 53, n. 2, p. 551–630, 2012, p. 556..

– racionalidade econômica, tendência à autocorreção dos mercados, eficiência alocativa, irrelevância de preocupações distributivas, dentre outros – pode, contudo, obscurecer outros valores econômicos, sociais e políticos importantes para uma política pública mais adequada a contextos fáticos e político-jurídicos distintos.

Problematizar o modelo da eficiência, então, não se trata de adotar uma postura anticientífica, de rejeição do conhecimento oferecido pela Economia. Trata-se, ao invés, de reconhecer, como afirmado acima, que modelos econômicos são explicações incompletas da realidade, e, em diversas situações, outras visões sobre a relação entre o Estado e o fenômeno econômico podem ser importantes para a obtenção de resultados socialmente ótimos: “a população requer que o aplicador da lei considere todos os efeitos econômicos que a conduta empresarial específica produz, e não só aqueles que podem ser mais facilmente capturados pelos modelos econômicos” (DREXL, 2011, p. 38)¹⁵².

O que se observa, então, é que, além de valores sociais e políticos mais amplos, o modelo do bem-estar exclui também considerações eminentemente econômicas: “[o] modelo determina a ‘relevância’. Evidência relevante é aquela que é explicada pelo ou ‘se encaixa’ no modelo existente. Evidência irrelevante é aquela que não pode ser explicada pelo modelo” (HOVENKAMP, 1985, p. 215, tradução livre)¹⁵³.

Em outras palavras, se uma análise de custos e benefícios parece um exercício técnico, politicamente neutro, essa impressão se desfaz quando se identificam os juízos normativos prévios a essa análise: o que deverá ser considerado custo? O que constituirá benefício? Quais os critérios para sua quantificação e balanceamento?

Excluir preocupações econômicas, sociais e políticas que “não se encaixam” no modelo do bem-estar, então, não é escolha puramente técnica. Diferenças de abordagem econômica, aqui, “derivam mais de valores fundamentais e presunções sobre o comportamento humano e sobre a desejabilidade de fenômenos tais como distribuição desigual de renda do que a escolha de uma técnica analítica ou empírica à outra” (SCHERER, 2008, p. 32, tradução livre)¹⁵⁴. A adesão a tais valores, como visto, deve derivar sua legitimidade em face do ordenamento jurídico em que se insere o analista.

¹⁵² DREXL, Josef, On the (a)political Character of the Economic Approach to Competition Law, *in*: DREXL, Josef; KERBER, Wolfgang; PODSZUN, Ruppert (Orgs.), **Competition Policy and the Economic Approach**, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 311.

¹⁵³ HOVENKAMP, Herbert, Antitrust Policy after Chicago, **Michigan Law Review**, v. 84, n. 2, p. 213–284, 1985.

¹⁵⁴ SCHERER, F. M., Conservative Economics and Antitrust: A variety of influences, *in*: PITOFSKY, Robert (Org.), **How the Chicago School overshot the mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust**, New York: Oxford University Press, 2008, p. 30–39.

Os tópicos seguintes descrevem algumas preocupações excluídas nesse contexto, e analisam sua relevância para o direito concorrencial contemporâneo.

3.1 O estático e o dinâmico na análise concorrencial

O modelo econômico do bem-estar, como se observou acima, é de natureza *estática*: seu foco é no nível de preços e quantidades em um dado momento temporal, presumindo constantes as tecnologias existentes¹⁵⁵. Por princípio, então, esse instrumental desconsidera os impactos econômicos das condutas na aptidão e incentivos para a inovação, elementos que integram o conceito de *eficiência dinâmica*¹⁵⁶.

A visão clássica de Bork é a de que a inovação deveria permanecer estranha ao antitruste, tratada por legislação separada (como a propriedade industrial). O foco no bem-estar agregado liberará recursos para que os produtores invistam na satisfação de outras necessidades dos consumidores¹⁵⁷, mas é o interesse dos consumidores pela inovação (disposição a pagar por ela) o que definirá sua lucratividade e viabilidade. Bork, então – com grande fé na racionalidade da demanda do consumidor por inovação¹⁵⁸ – defendia que a inovação ocorreria naturalmente nesse processo, não constituindo preocupação específica ao antitruste¹⁵⁹.

Marginalizar a inovação como preocupação do antitruste é problemático, contudo, quando se tem em conta que o progresso tecnológico é considerado central para o crescimento econômico em longo prazo¹⁶⁰. Com base em evidências de que a contribuição da eficiência dinâmica para o crescimento econômico é superior à oferecida por ganhos estáticos de eficiência, alguns autores defendem que a inovação seja prioridade na aplicação da legislação antitruste¹⁶¹.

O problema, aqui, é que a inovação é processo de difícil compreensão e mensuração, sendo difícil identificar seus incentivos determinantes, direção e se seu conteúdo será benéfico ou prejudicial à coletividade¹⁶². Em especial, uma grande disputa não-resolvida refere-se a qual

¹⁵⁵ KRUGMAN; WELLS, **Microeconomics**, p. 30.

¹⁵⁶ OCDE, Dynamic Efficiencies in Merger Analysis - DAF/COMP(2007)41, **OECD Policy Roundtables Discussion Papers**, n. June, 2007, p. 17.

¹⁵⁷ BLAIR; SOKOL, The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach, p. 484–485.

¹⁵⁸ ORBACH, The Antitrust Consumer Welfare Paradox, p. 24.

¹⁵⁹ Cf. BORK, Robert H., The Goals of Antitrust Policy, **American Economic Review**, v. 57, n. 2, p. 242–253, 1967, p. 251..

¹⁶⁰ KERBER, Wolfgang, Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law, *in*: DREXL, Josef; IDOT, Laurence; MONEGER, Joel (Orgs.), **Economic Theory and Competition Law**, Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008, p. 05.

¹⁶¹ PORTER, Michael, Competition and antitrust: toward a productivity-based approach to evaluating mergers and joint ventures, **The Antitrust Bulletin**, v. 46, p. 919, 2001, p. 952.

¹⁶² STUCKE, Reconsidering Antitrust's Goals, p. 583.

estrutura de mercado é mais apta a estimular a criação e desenvolvimento de novas tecnologias.

Uma das perspectivas em disputa é a chamada Neo-Schumpeteriana, que estipula que o poder de monopólio pode ser necessário à inovação, porque, dentre outras razões: somente grandes empresas em mercados oligopolizados ou monopolizados poderiam suportar os riscos da inovação e auferir retorno adequado; a lucratividade supracompetitiva permitiria investimento em pesquisa e desenvolvimento; e o prospecto da obtenção de tal lucratividade constituiria o principal incentivo à inovação¹⁶³. Importa-se para o antitruste o argumento, originário do domínio patentário, da necessidade de garantia da *apropriabilidade dos* retornos aos investimentos envolvidos no processo de inovação – limitando-se, para esse fim, o efeito da “carona” (*free-riding*) de rivais nos resultados desses investimentos, que acarreta o efeito de derramamento (*spillover*) das externalidades positivas geradas pela inovação¹⁶⁴.

Esse ideário traduz-se na preocupação em limitar a aplicação da lei contra práticas exclusionárias, temendo a redução do retorno a investimentos presentes e incentivos a investimentos futuros¹⁶⁵. Perdas de eficiência estática, em curto prazo, poderiam ser justificáveis em prol de ganhos de eficiência dinâmica em longo prazo. Nessa ideia baseia-se a tese da *função social dos lucros de monopólio*, expressa na decisão da Suprema Corte dos EUA para *Trinko*¹⁶⁶.

No outro pólo da disputa, contrapõem-se trabalhos que buscam evidenciar que uma estrutura de mercado competitiva constitui o principal incentivo à inovação. Destaca-se, aqui, a contribuição de Kenneth Arrow, que observa que o monopolista, em razão da lucratividade de que já goza anteriormente à possível invenção, tem interesse na manutenção do *status quo* e, portanto, pouco incentivo à inovação quando ausente competição no mercado do produto, uma vez que seus ganhos adicionais seriam reduzidos em relação às vendas que já possui¹⁶⁷. Enquanto a inovação do incumbente serviria para substituir seus próprios negócios, o que gera poucos ganhos adicionais, um novo entrante inovaria para capturar negócios que ainda não possui, auferindo ganhos muito maiores¹⁶⁸. Essa visão busca reconhecer o valor disruptivo da

¹⁶³ WAKED, Dina I., Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choices, *Seattle University Law Review*, v. 38, p. 945–1006, 2015, p. 990.

¹⁶⁴ Um exemplo desse argumento seria a afirmação de que a contratação compulsória, imposta em razão da recusa de fornecer uma infraestrutura essencial, prejudicaria a apropriação dos retornos ao investimento da empresa detentora da infraestrutura, desincentivando novos investimentos.

¹⁶⁵ HYLTON, Keith N; LIN, Haizhen, Optimal Antitrust Enforcement, Dynamic Competition, and Changing Economic Conditions, *Antitrust Law Journal*, v. 77, n. 1, p. 247–276, 2010.

¹⁶⁶ LAO, Marina, IDEOLOGY MATTERS IN THE ANTITRUST DEBATE, *Antitrust Law Journal*, v. 79, n. 2, p. 649, 2014, p. 660.

¹⁶⁷ SHAPIRO, Carl, Competition and Innovation Did Arrow Hit the Bull ’ s Eye ?, *in*: LERNER, Josh; STERN, Scott (Orgs.), *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, Chicago: University of Chicago Press, 2012, p. 362.

¹⁶⁸ BAKER, Jonathan B., Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation, *Antitrust Law Journal*, v. 74,

introdução de inovações por entrantes que, mesmo que de pequeno porte (ou na condição de *start-ups*), financiam a inovação por recursos obtidos no mercado de capitais de risco, por exemplo¹⁶⁹.

Investigar qual estrutura de mercado teria maior tendência a conduzir à inovação, ademais, seria um exercício diferente de se perquirir se essa estrutura deve ser mantida por meio de um enfraquecimento do antitruste¹⁷⁰. O mérito do argumento da apropriabilidade como justificativa para a não-intervenção é limitado, quando se leva em conta que a rivalidade é um importante determinante da inovação em muitos mercados. Isso é verdadeiro especialmente para países em desenvolvimento, em que o principal tipo de inovação é do tipo *incremental* (reduzir os custos de produção ou introduzir melhorias em produtos já existentes), o foco na manutenção da rivalidade pré-inovação seria especialmente importante¹⁷¹. Ademais, o efeito de “derramamento” e difusão do conhecimento entre rivais e usuários é reconhecido como característica essencial à natureza desejável da inovação, em vez de um problema a ser corrigido. Maior apropriabilidade, tornando mais custosa a difusão de técnicas já desenvolvidas, pode limitar ou impedir o desenvolvimento de novas tecnologias, tendo-se em vista a natureza cumulativa do fenômeno da inovação¹⁷².

Embora a disputa ainda não tenha alcançado consenso, seu desenrolar vem apontando para a conclusão de que a pressão competitiva e a contestabilidade dos mercados constituem importantes motores à inovação. Estudos empíricos que buscaram estabelecer uma relação direta entre concentração de mercado e taxa de inovação restaram inconclusivos, tendo-se em vista o caráter complexo e multicausal desse fenômeno¹⁷³. Quando, no entanto, os estudos não são focados em uma estrutura específica de mercado, analisando de modo mais geral a interação entre rivalidade e inovação, Osti (2015) observa que os resultados apontam substancialmente para uma relação positiva entre maior pressão competitiva e maior incentivo para investimento

n. 03, p. 575–602, 2007, p. 579.

¹⁶⁹ SIDAK, J. G.; TEECE, D. J., Dynamic Competition in Antitrust Law, **Journal of Competition Law and Economics**, v. 5, n. 4, p. 581–631, 2009, p. 587.

¹⁷⁰ Há evidências, com efeito, de que uma postura não-intervencionista quanto a práticas exclusionárias pode desincentivar a inovação, ao contribuir para a perpetuação do poder de monopólio em detrimento de entrantes inovadores, sendo possível, inclusive, identificar diversas condições em que a proteção da rivalidade elevaria a taxa de inovação em determinado mercado relevante, cf. SHAPIRO, Competition and Innovation Did Arrow Hit the Bull ’ s Eye ?, p. 401. No mesmo sentido, Cf. WU, Tim, Taking innovation seriously: Antitrust enforcement if innovation mattered most, **Antitrust Law Journal**, v. 78, n. 2, p. 313–328, 2012, p. 313–328. argumentando que, se o foco do antitruste for a inovação, sua principal preocupação deverá ser com as práticas exclusionárias.

¹⁷¹ LEWIS, David, Chilling Competition, 2008, p. 19.

¹⁷² BRUNELL, Richard M., Appropriability in Antitrust: How much is enough?, **Antitrust Law Journal**, v. 69, p. 1–42, 2001, p. 25.

¹⁷³ BAKER, Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation, p. 583.

em inovação ¹⁷⁴.

As duas correntes aqui citadas buscam identificar o *trade-off* ideal entre eficiência estática e dinâmica, embora ambas tenham em comum a percepção de que o foco exclusivo em eficiência estática, sob o modelo clássico de Chicago, é insuficiente para que o direito da concorrência contribua adequadamente para o desenvolvimento econômico. O que fica claro é que excluir tais aspectos dinâmicos da análise de custos e benefícios relacionados à concentração econômica revela-se, então, uma escolha subjacente ao modelo da Escola de Chicago, de sua *ideologia*, e não necessariamente universal. Especialmente em face das incertezas que permeiam esse tema, a escolha sobre o balanço ideal entre eficiência estática e dinâmica é, em última análise, uma escolha que cada nação deve fazer, tendo em vista a realidade econômica local¹⁷⁵.

3.2 A questão distributiva

O critério da eficiência econômica (ou “maximização do bem-estar total”), na teoria da Escola de Chicago, utiliza-se, como visto, do princípio de compensação de Kaldor-Hicks para apuração da desejabilidade das práticas que analisa. De acordo com esse princípio, uma prática é considerada eficiente se os ganhos dela derivados, por alguns indivíduos, seriam suficientes para compensar as perdas sofridas por outros – em outras palavras, se o bem-estar agregado (diferenças entre ganhos e perdas) é positivo.

Uma importante característica desse critério é a premissa de que a compensação é apenas potencial, não necessariamente efetiva. Se a compensação irá efetivamente ocorrer, ou não, “é uma questão política que o economista, enquanto economista, dificilmente poderia pronunciar uma opinião” (KALDOR, 1939, p. 550, tradução livre)¹⁷⁶. Esse é o argumento crucial para a tese da *separabilidade* entre eficiência e distribuição, que é constantemente apresentada como resposta às já conhecidas críticas à utilização da eficiência como critério de justiça¹⁷⁷.

Defende-se, sob a tese da separabilidade, que o critério da eficiência é politicamente

¹⁷⁴ SHAPIRO, Competition and Innovation Did Arrow Hit the Bull ’ s Eye?, p. 282; OSTI, Cristoforo, Antitrust : a Heimlich manoeuvre, **European Competition Journal**, v. 11, n. 1, p. 221–264, 2015, p. 262. Sidak e Teece analisam que mesmo Schumpeter, embora tenha estabelecido a importância de lucros supracompetitivos para a eficiência dinâmica, não considerava o monopólio, em si, um requisito absoluto, reconhecendo também a importância da rivalidade e da persistência de pressão competitiva para o desenvolvimento econômico SIDAK, J Gregory; TEECE, David J., Dynamic competition in antitrust law, **Journal of Competition Law and Economics**, v. 5, n. 4, p. 581–631, 2009, p. 587..

¹⁷⁵ Cf. KERBER, Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law, p. 18 - Tradução Livre.

¹⁷⁶ KALDOR, Nicholas, Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, **The Economic Journal**, v. 49, n. 195, p. 549–552, 1939, p. 550.

¹⁷⁷ ZERBE, Richard O, Economic efficiency in law and economics, p. 328, 2001, p. 85.

neutro – analisando objetivamente como fazer o metafórico “bolo” crescer – cabendo ao sistema político definir como ele será dividido por instrumentos como o sistema tributário¹⁷⁸. Eastbrook observa, nesse sentido, que “finalidades baseadas em algo além da eficiência (ou seu indicador próximo bem-estar do consumidor) realmente requer aos juízes que redistribuam renda. Quanto consumidores devem contribuir para pequenos comerciantes é uma escolha política” (EASTERBROOK, 1986, p. 1.705), e a eficiência, por sua vez, não envolveria tal “escolha política”¹⁷⁹.

Algumas críticas ao critério Kaldor-Hicks, contudo, questionam a possibilidade de se separar eficiência e distribuição. Questiona-se seu viés de manutenção de *status quo* e sua incapacidade de diferenciar aspectos do bem-estar de pobres e ricos¹⁸⁰.

Ademais, a mera opção pelo padrão do bem-estar total tem considerável impacto distributivo, já que qualquer mudança na alocação de recursos permitida em função de uma medida eleita de “eficiência” já é, por si só, uma decisão distributiva¹⁸¹. Assim, adotar o padrão do bem-estar total em substituição a um padrão do excedente do consumidor, por exemplo, implica em uma decisão política, no sentido de abandonar qualquer proteção contra os efeitos redistributivos regressivos do exercício de poder de mercado, em prol da ideia de que, em longo prazo, isso beneficiará a sociedade como um todo¹⁸². Em outras palavras, adotar o padrão do bem-estar total significa que, sempre que houver um conflito entre distribuição e eficiência, é essa última que deverá prevalecer – quando não há conflito, o padrão de bem-estar não impacta o resultado, como visto acima.

Há quem defenda tal decisão política afirmando que o princípio de Kaldor-Hicks garantiria um resultado ótimo de Pareto em longo prazo, pela alternância de posições – no sentido de que os vencedores de hoje serão os perdedores em situações diferentes (e vice-versa), com uma distribuição equânime dos ganhos e perdas¹⁸³. Isso é problemático, contudo, quando o mesmo grupo de pessoas tende a sofrer a maior parcela das perdas, sucessivamente¹⁸⁴. Ignorar preocupações distributivas aqui, então, já é uma decisão que impacta na distribuição de renda.

Mesmo se se ignora tais críticas – presumindo-se, então, ser possível a “divisão de

¹⁷⁸ POSNER, Richard A., **The Economics Of Justice**, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1981, p. 105.

¹⁷⁹ EASTERBROOK, Frank H, Workable Antitrust Policy, **Michigan Law Review**, v. 84, n. 8, 1986, p. 1705.

¹⁸⁰ Cf. HOVENKAMP, Antitrust Policy after Chicago, p. 247; LIANOS, Ioannis, **Series Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law**, [s.l.: s.n.], 2013, p. 8; ZERBE, Economic efficiency in law and economics, p. 9.

¹⁸¹ HORWITZ, MJ, Law and economics: science or politics?, **Hofstra Law Review**, v. 8, n. 4, 1980, p. 906; HOVENKAMP, Antitrust Policy after Chicago, p. 246.

¹⁸² KERBER, Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law, p. 18.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 11.

¹⁸⁴ EVANS, Phil, **In Search of the Marginal Consumer: The Fipra Study**, Brussels: FIPRA, 2008, p. 18.

tarefas” entre políticas de geração de riqueza e distribuição – e se relega a função redistributiva à atuação *ex post* do sistema tributário, outros problemas comparecem.

Observe-se, em primeiro lugar, a ironia presente no fato de que a redistribuição futura – cuja eterna possibilidade é um dos principais argumentos articulados pelos economistas neoclássicos para justificar políticas que tendem a concentrar poder econômico – é fortemente desaconselhada por eles próprios, em sua análise das distorções comportamentais do sistema tributário¹⁸⁵.

Em referência ao antitruste, por exemplo, Kaplow (2012) parte da tese de que qualquer medida redistributiva gera distorções indesejadas – taxar a riqueza reduziria os retornos do investimento, desestimulando o empreendedorismo, e redistribuir aos pobres desestimularia a produtividade (KAPLOW, 2012, p. 12). A partir de tal ideia, o autor conclui que inserir preocupações distributivas no antitruste promoveria uma *dupla distorção*: além de provocar as distorções comuns a qualquer redistribuição, também diminuiria a eficiência das transações e, portanto, reduziria a quantidade de riqueza disponível para ser distribuída pelo sistema tributário¹⁸⁶. A redistribuição exclusivamente via tributação seria mais eficiente, então, por gerar somente a distorção comum a qualquer medida redistributiva. Esse sistema, ademais, diferenciaria melhor pobres e ricos, por basear-se em faixas de renda globais e não na posição dos indivíduos em mercados específicos¹⁸⁷.

Tal aversão a políticas distributivas é menos persuasiva, contudo, se confrontada com evidências sobre a relação entre desigualdade e crescimento econômico.

De fato, um ponto muito revelador da contribuição de Bork para o antitruste é sua afirmação da equivalência entre “bem-estar total” e “bem-estar do consumidor”, mencionada acima¹⁸⁸. Essa visão é bastante disseminada na literatura. Blair e Sokol (2012), por exemplo, defendem que a adoção de um padrão do bem-estar total é adequada porque as economias de custo feitas pelas empresas no mercado relevante – mesmo que às custas de aumentos de preço, em curto prazo – beneficiariam aos consumidores como um todo¹⁸⁹. Igualmente, Hovenkamp defende o padrão do bem-estar total – embora seja uma medida com improvável sucesso político – seria mais consoante a uma teoria “sólida” porque “a maioria das eficiências têm um caminho de respingar através da economia de modo que elas beneficiam a todo mundo”

¹⁸⁵ TOWNLEY, Christopher, **Article 81 EC And Public Policy**, Oxford e Portland: Hart Publishing, 2009, p. 28.

¹⁸⁶ KAPLOW, On the choice of welfare standards in competition law, p. 04.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 11.

¹⁸⁸ BORK, **The Antitrust Paradox**, p. 90.

¹⁸⁹ BLAIR; SOKOL, The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach, p. 485–486.

(HOVENKAMP, 2011, p. 86, tradução livre)¹⁹⁰.

Kirkwood e Lande (2008) apontam que a manobra linguística que identifica “bem-estar total” ao “bem-estar do consumidor” é mais do que uma utilização equivocada das definições da teoria econômica, revelando um crucial traço subjacente ao pensamento de Chicago: a teoria do “*trickle-down economics*” (“efeito multiplicador” ou “efeito cascata”)¹⁹¹. Segundo a teoria, o foco em políticas que ampliem a maximização da riqueza, mesmo que estas tenham caráter regressivo, justifica-se porque os benefícios do crescimento, mesmo que distribuídos de forma desigual, tendem a “respingar” pela economia e beneficiar a todos¹⁹².

Nos últimos anos, contudo, uma crescente literatura vem atentando à questão da desigualdade econômica, revelando a magnitude do problema para a própria sustentação do sistema capitalista e das democracias liberais, em longo prazo¹⁹³. Um ponto importante dessa literatura é, justamente, evidenciar que a teoria do “*trickle-down economics*” não se mostra verdadeira, havendo uma importante conexão entre a redução da desigualdade e a viabilização do crescimento econômico¹⁹⁴.

Identifica-se, ainda por cima, que o sistema tributário e de transferências monetárias não desempenha suficiente papel redistributivo, sendo inclusive, em alguns casos, regressivo¹⁹⁵.

Por todas essas razões, ignorar a importância da distribuição pode ter o efeito de reduzir o tamanho do “bolo” a ser dividido, o que é uma consequência que pode retirar a legitimidade do argumento da “dupla distorção” de Kaplow (2012), acima descrito. A distribuição, então, deixa de ser uma “distorção” para se tornar uma necessidade.

De fato, as recentes discussões acadêmicas sobre a desigualdade vêm, progressivamente, passando a incluir preocupações sobre os efeitos do poder de monopólio na

¹⁹⁰ HOVENKAMP, **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**, p. 86 - Tradução Livre.

¹⁹¹ KIRKWOOD; LANDE, **The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency**, p. 239.

¹⁹² STIGLITZ, Joseph, **Inequality and Economic Growth**, p. 1–18, 2013, p. 01.

¹⁹³ PIKETTY, Thomas, **Capital in the Twenty-First Century**, Kindle. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014; STIGLITZ, Joseph E., **The Price of Inequality**, Kindle. Nova York: W. W. Norton & Company, 2012.

¹⁹⁴ Dentre as diversas razões aventadas pela literatura para essa relação, conforme revisão de literatura em Dabla-Norris et al. (2015, p. 09), estão: a desigualdade reduz a produtividade do trabalho, uma vez que uma crescente parcela da população fica desprovida de recursos para acumular o capital físico e humano necessário, o que, em longo prazo, também prejudica a mobilidade social e os benefícios econômicos dela derivados; redução da demanda agregada, já que o consumo dos pobres e da classe média importa mais para o crescimento econômico que a demanda dos ricos, que tendem a consumir em proporção menor a sua renda; aumento da instabilidade financeira nacional e global, em razão do superendividamento privado e inadimplência da população de pequena e média renda; redução da coesão social e confiança nas instituições; aumento dos custos políticos relacionados à implementação de políticas pró-crescimento que prejudiquem elites locais, bem como à implementação de políticas de combate à pobreza; aumento do *rent seeking* para manutenção de privilégios econômicos não-relacionados à produtividade.

¹⁹⁵ PRASAD, Naren, **Policies for redistribution: The use of taxes and social transfers**, [s.l.: s.n.], 2008, p. 32; BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. OBSERVATÓRIO DA EQUIDADE, **Indicadores de equidade do sistema tributário nacional**, n. 1, 2009, p. 25.

distribuição de riqueza ¹⁹⁶. Se, como observa Piketty (2014), a desigualdade tende a se ampliar quando a taxa de retorno sobre o capital é superior à taxa de crescimento econômico geral ($r > g$), e o exercício do poder de mercado aumenta o retorno sobre o capital, é possível identificar uma ligação entre exercício de poder de mercado e a desigualdade ¹⁹⁷.

Stiglitz (2012), igualmente, observa que um dos motores para a desigualdade estadunidense é a crescente monopolização dos mercados, que ele atribui a três fatores: a ascensão das teorias da Escola de Chicago, de cunho não-intervencionista; o aumento de importância de novos setores econômicos com marcadas externalidades de rede e propriedade intelectual; e renovadas práticas exclusionárias e de *rent seeking* adotadas por empresas em posição dominante ¹⁹⁸.

O exercício do poder de mercado tem claros efeitos distributivos, já que preços mais elevados transferem renda dos consumidores para as empresas. Um dos argumentos contrários à preocupação com tais efeitos redistributivos é o de que muitos consumidores são também acionistas de empresas, beneficiando-se também do exercício de poder de mercado ¹⁹⁹. Há suficientes evidências, contudo, de que a população integrante da fatia 1% mais rica da sociedade é a proprietária da esmagadora maioria dos bens de capital²⁰⁰.

Há, então, boas razões para acreditar que a distribuição operada pelo exercício do poder de mercado tem caráter regressivo (transfere riqueza dos mais pobres para os muito ricos, especialmente acionistas e altos executivos das empresas com poder de mercado), e é por isso que se estipula a necessidade de uma legislação concorrencial mais efetiva para lidar com a desigualdade (STIGLITZ, 2012, pos. 5.305).

Uma série de propostas vêm sendo levantadas para a inclusão de preocupações distributivas no antitruste, como a aplicação do padrão de bem-estar do excedente do consumidor ²⁰¹, o controle antitruste da propriedade acionária cruzada ²⁰², o controle de preços

¹⁹⁶ ATKINSON, A., **Inequality. What can be done?**, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015, p. 98.

¹⁹⁷ BAKER, Jonathan B.; SALOP, Steven C., Antitrust, Competition Policy, and Inequality, **The Georgetown Law Journal Online**, v. 104, n. 1, 2015, p. 12.

¹⁹⁸ STIGLITZ, **The Price of Inequality**, p. 1466.

¹⁹⁹ MOTTA, **Competition Policy: Theory and Practice**, p. 20.

²⁰⁰ Observa Piketty (2014, p. 336, tradução livre) que “*em todas as sociedades conhecidas, em todos os tempos, [...] o decil mais rico da hierarquia da riqueza é proprietário de uma clara maioria do que há para possuir (geralmente mais de 60 por cento da riqueza total e às vezes até 90%)*”. Em 2012, nos EUA, estimou-se que a fatia 0,1% mais rica da população obteve 43% da renda de capital, além da considerável parcela de riqueza apropriada pela remuneração dos altos executivos, em um contexto empresarial cada vez mais voltado à maximização do valor dos acionistas, o que é associado a um sistema trabalhista marcado por poder de barganha cada vez menor por parte dos trabalhadores, com estagnação dos salários em vários segmentos KHAN, Lina; VAHEESAN, Sandeep, Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents, **SSRN Electronic Journal**, 2016, p. 8.

²⁰¹ BAKER; SALOP, Antitrust, Competition Policy, and Inequality, p. 15; ATKINSON, **Inequality. What can be done?**, p. 126.

²⁰² ELHAUGE, Einer, Essay - Horizontal Shareholding, **Harvard Law Review**, v. 129, p. 1267–1317, 2016.

exploratórios²⁰³ e, em especial, o foco na manutenção da abertura dos mercados, o que se traduz em um maior rigor com práticas exclusionárias que ameacem a manutenção da rivalidade – independentemente dos seus efeitos nos preços em curto prazo²⁰⁴.

Em especial, propõe-se a superação do viés não-intervencionista estabelecido no direito concorrencial contemporâneo, que, como se verá a seguir, é pautado em uma teoria da decisão que superestima os custos de falsos negativos (condenações errôneas) e subestima os custos de falsos positivos (absoluções errôneas). É necessário incluir, na avaliação dos custos de falsos positivos, o risco de que a atual permissividade quanto a práticas exclusionárias auxilie no entrincheiramento de posições dominantes e, conseqüentemente, na manutenção da desigualdade²⁰⁵.

3.3 Outras questões econômicas, políticas e sociais

A par dos aspectos dinâmicos e distributivos, ainda é possível destacar outras questões econômicas desconsideradas pelo modelo econômico da maximização do bem-estar total. Em breve resumo, algumas delas são:

- **Efeitos em outros mercados e externalidades:** uma análise sob a teoria do preço considera os efeitos no bem-estar, em curto prazo, com referência a um mercado relevante determinado. Desconsideram-se, então, efeitos econômicos que determinada prática econômica pode gerar em outros mercados²⁰⁶, subestimando impactos econômicos de práticas como conglomerações²⁰⁷ e, também, correndo o risco de ignorar ou subestimar o risco de práticas em que maior lucratividade em um mercado permite subsidiar uma prática exclusionária em mercado relacionado²⁰⁸.

A análise tende, igualmente, a desconsiderar quaisquer externalidades positivas e negativas que podem ser relevantes para compreensão da racionalidade de práticas econômicas – exceto em limitadas situações em que a questão das externalidades é relevante para a defesa de uma prática econômica (como o problema do “caroneiro” em restrições verticais)²⁰⁹. Dentre os exemplos de externalidades desconsideradas, encontram-se: impactos ambientais;

²⁰³ BAKER; SALOP, Antitrust, Competition Policy, and Inequality, p. 22.

²⁰⁴ KHAN; VAHEESAN, Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents, p. 62.

²⁰⁵ BAKER; SALOP, Antitrust, Competition Policy, and Inequality, p. 21.

²⁰⁶ FARBER, Daniel A; MCDONNELL, Brett H, Why (and How) Fairness Matters at the IP/Antitrust Interface, **Minnesota Law Review**, v. 87, n. 6, p. 1817, 2003, p. 1821.

²⁰⁷ ADAMS; BROCK, Antitrust, Ideology, and The Arabesques of Economic Theory, p. 307.

²⁰⁸ MEISEL, John B., The Law and Economics of Margin Squeezes in the US Versus the EU, **European Competition Journal**, v. 8, n. 2, p. 383–402, 2012.

²⁰⁹ FOER, Albert A., **On the Inefficiencies of Efficiency as the Single-Minded Goal of Antitrust**, [s.l.: s.n.], 2014, p. 25.

fragilidade de cadeias de distribuição com “gargalos”, diante de eventos catastróficos²¹⁰; e prejuízos gerados a comunidades em decorrência de fusões que envolvem fechamento de plantas produtivas em prol de maior eficiência²¹¹.

- **Deseconomias de escala e externalidades ligadas ao tamanho de uma empresa:** da crise de 2008 resultou a preocupação com a consolidação de estruturas econômicas tão concentradas e interconectadas com diversos setores que sua falência poderia levar a economia à bancarrota – empresas “*too big to fail*” (grandes demais para falirem)²¹² – salientando-se a já observada aptidão de estruturas concentradas para captar recursos públicos para seu “salvamento”, o chamado “*dilema do bailout*” por Adams e Brock²¹³. Critica-se, portanto, o fato de o antitruste não incluir essas e outras preocupações relacionadas à concentração excessiva de estruturas financeiras²¹⁴.

- **A importância da preservação da escolha do consumidor em alguns contextos:** um foco exclusivo em preços e quantidade pode ser prejudicial em situações em que a preservação da escolha do consumidor é importante para o seu bem-estar²¹⁵. Lande (2013) exemplifica essa situação com os mercados de informação, como jornais: eficiências derivadas da consolidação de atividades de empresas editoriais não são suficientes para sobrepesar os prejuízos informacionais derivados da obtenção de notícias de uma só fonte²¹⁶.

Como se vê, a *formulação* de uma teoria concorrencial com foco exclusivo no valor da eficiência alocativa traduz-se na escolha de ignorar quaisquer preocupações derivadas da concentração de poder econômico, com exceção daquelas que estejam estritamente expressas no modelo neoclássico estático do bem-estar (cujo ponto de partida é o preço ao consumidor em curto prazo). Uma segunda categoria de análise permite questionar, mais além, o consenso tecnocrático no antitruste contemporâneo: as escolhas políticas envolvidas na *implementação* do critério da eficiência econômica.

4 Dos limites da economia aos limites do antitruste: a implementação do modelo da eficiência econômica

²¹⁰ *Ibid.*, p. 27.

²¹¹ *Ibid.*, p. 28.

²¹² *Ibid.*, p. 33.

²¹³ Antitrust, Ideology, and The Arabesques of Economic Theory, p. 266.

²¹⁴ MARKHAM JR., Jesse W. W., Lessons for Competition Law From the Economic Crisis: the Prospect for Antitrust Responses To the “Too-Big-To-Fail” Phenomenon, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, v. 16, n. 2, p. 261–322, 2011; BUSH, Darren, Too Big to Bail: The Role of Antitrust in Distressed Industries, *Antitrust Law Journal*, v. 77, n. 1, p. 277–312, 2011.

²¹⁵ AVERITT, Neil W; LANDE, Robert H, Using the Consumer Choice Approach to Antitrust Law, *Antitrust Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 175–264, 2007.

²¹⁶ LANDE, Robert H., A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice, *Fordham Law Review*, v. 81, p. 2349–2403, 2013, p. 2352.

Em que pese o modelo econômico do bem-estar ser apresentado, por alguns, como o veículo para harmonização internacional do antitruste, com previsibilidade e certeza, alguns aspectos da implementação do modelo colocam em dúvida tal aptidão.

A teoria de Chicago é marcada por considerável confiança no caráter técnico da implementação das regras da teoria econômica, como exemplifica a obra de Bork: “teoria econômica básica é uma matéria intensamente lógica e muito dela consiste em derivar as implicações de uns poucos postulados empiricamente apoiados”, de modo que “em muitos casos a teoria é tão bem fundada que nós podemos estar certos, ou virtualmente certos, de sua confiabilidade” (BORK, 1978, p. 117, tradução livre).

De fato, algumas práticas empresariais, como o cartel puro, são pouco problemáticas para essa discussão, já que existe consenso razoavelmente estabelecido sobre a indesejabilidade de seu impacto econômico na eficiência alocativa e produtiva (e, portanto, a implementação do critério da eficiência econômica é frequentemente feita através de *presunções* de dano e não de uma verdadeira análise de efeitos).

Considerável parcela das situações com que se defronta a autoridade antitruste, contudo, é marcada por ambiguidades quanto a suas repercussões no bem-estar, evidenciando a “*ilusão de certeza*” (PITOFSKY, 1979, p. 1.075)²¹⁷ que cerca a abordagem econômica para o direito concorrencial²¹⁸.

Uma primeira ambiguidade diz respeito à *escolha do modelo econômico aplicável à conduta*. A intensificação do uso da Economia na solução de controvérsias deu origem a diferentes “escolas” do direito concorrencial (Chicago, Pós-Chicago, Neo-Chicago, Comportamental, dentre outras), que – embora, muitas vezes, comunguem do mesmo entendimento quanto à eficiência alocativa como finalidade do antitruste²¹⁹ – propõem modelos alternativos para explicar a racionalidade (ou irracionalidade) de algumas práticas, bem como seus efeitos no nível de preços, entrada, incentivos para investimentos, dentre outros²²⁰.

O maior problema é que essas teorias, muitas vezes, ainda carecem suficiente base

²¹⁷ PITOFSKY, Robert, The Political Content of Antitrust, **University of Pennsylvania Law Review**, v. 127, p. 1051–1075, 1979, p. 1075.

²¹⁸ WURMNEST, Wolfgang, The Reform of Article 82 EC in the Light of the “Economic Approach”, *in*: MACKENRODT, Mark-Oliver; CONDE GALLEGO, Beatriz; ENCHELMAIER, Stefan (Orgs.), **Abuse of dominant position: new interpretation, new enforcement mechanisms?**, Berlim: Springer, 2008, p. 16.

²¹⁹ JACOBS, An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics, p. 259.

²²⁰ WRIGHT, Joshua D., Abandoning Antitrust’s Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust, **Antitrust Law Journal**, v. 78, p. 301–331, 2011, p. 301.

empírica para sua validação ou refutação²²¹. A escolha do modelo aplicável (entre alternativas igualmente válidas) é, então, reconhecida como uma instância em que a ideologia do aplicador é decisiva para os resultados da análise²²².

Escolhido o modelo a ser aplicado, um segundo tipo de ambiguidade faz-se presente: a dificuldade de apuração, em cada caso concreto, dos pressupostos subjacentes ao modelo econômico escolhido²²³.

Suponha-se a aplicação dos padrões de bem-estar acima discutidos a um caso concreto. Sob o padrão do excedente do consumidor, aplicar a regra da razão requer investigar o efeito de uma prática econômica nos preços, considerando-se a probabilidade de exercício poder de mercado e as eficiências (na medida de sua potencial transferibilidade aos consumidores). No caso do padrão do bem-estar total, além disso, caso se verifique a probabilidade de exercício de poder de mercado (o que já garantiria a ilicitude sob o padrão do bem-estar do consumidor), seria necessário ir além e calcular a ineficiência alocativa de “peso-morto” gerada por tal elevação de preços, para então efetuar um balanço de efeitos líquidos, considerando as eficiências produtivas geradas pela operação e a ineficiência alocativa, o que torna a análise quase impossível²²⁴.

Essa complexidade é ampliada pelo fato de a análise antitruste referir-se ao comportamento *futuro* dos agentes. Essa é uma questão presente, por exemplo, no controle de estruturas de uma fusão horizontal, em que é necessário comparar a probabilidade de exercício de poder de mercado – avaliando elementos como a contestabilidade, incentivos para coordenação, probabilidade de entradas, importações, dentre outros – a alguma medida de eficiências produtivas a serem implementadas. Obter uma conclusão acerca desses elementos “envolve fazer previsões baseadas em informação incompleta sobre fatos presentes ou futuros, previsões que são quase sempre inevitavelmente sujeitas a auto grau de incerteza” (KATZ; SHELANSKI, 2007, p. 538, tradução livre)²²⁵. Há, ainda, a possibilidade de a conduta empresarial pós-fusão ser bastante diferente daquilo que é observável pré-fusão²²⁶.

²²¹ SCHERER, F. M., Conservative Economics and Antitrust: A Variety of Influences, *in*: PITOFSKY, Robert (Org.), **How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust**, Nova York: Oxford University Press, 2008, p. 32; WRIGHT, Abandoning Antitrust’s Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust, p. 301.

²²² WRIGHT, Abandoning Antitrust’s Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust, p. 316; JACOBS, An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics, p. 259.

²²³ MURIS, Timothy J., Improving The Economic Foundations Of Competition Policy, **George Mason Law Review**, v. 12, n. 1992, p. 1, 2003, p. 15.

²²⁴ HOVENKAMP, Implementing Antitrust’s Welfare Goals, p. 2478 - Tradução Livre..

²²⁵ KATZ, Michael L.; SHELANSKI, Howard A., MERGER ANALYSIS AND THE TREATMENT OF UNCERTAINTY: SHOULD WE EXPECT BETTER?, **Antitrust Law Journal**, v. 74, n. 3, p. 537–574, 2007.

²²⁶ BLAIR; SOKOL, The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach, p. 484.

Igualmente, no controle de uma conduta anticoncorrencial, é possível que haja necessidade de balancear efeitos anticompetitivos de longo prazo com efeitos pró-competitivos de curto prazo, ou vice-versa. Considere-se uma empresa dominante que recusa acesso de rivais a infraestrutura essencial. Permitir o acesso pode, em curto prazo, aumentar a competitividade do mercado, permitindo a entrada de rivais; em longo prazo, contudo, alega-se o risco de redução dos incentivos para investimento da empresa dominante e, então, o “esfriamento” da concorrência²²⁷. Por outro lado, é possível que aumentar a competitividade em um mercado, em curto prazo, estimule a inovação futura, como foi discutido anteriormente.

O desafio que essas questões colocam ao antitruste reside no fato de que a teoria econômica é melhor utilizada para a previsão de efeitos de curto prazo ²²⁸. É difícil, mesmo para modelos econômicos sofisticados, prever com segurança o comportamento futuro dos mercados, dada a infinidade de variáveis envolvidas e a complexidade do comportamento humano: “simplesmente não há meio rigoroso de fazer previsões sobre questões que dependem tanto no comportamento humano. Economia não é a Física Newtoniana” (LEARY, 2006, p. 3, tradução livre)²²⁹.

O que se observa, então, é que, apesar da contribuição da teoria econômica, é muito difícil apurar, no caso concreto, a presença de todas as premissas subjacentes aos modelos econômicos²³⁰. Seria uma tal abordagem realmente “baseada em efeitos”, se os *efeitos* a que faz referência não são sequer apuráveis?

É inevitável reconhecer que, diante da incompletude do conhecimento, a análise concorrencial ainda requer extensa atividade interpretativa, que segue intimamente ligada aos valores políticos que subjazem tal política pública em determinado momento histórico²³¹. Trata-se da “tendência a resolver problemas empiricamente indeterminados por referência a sua ideologia política – informada por díspares experiências sociais, histórias e culturas [...]” (DEVLIN; JACOBS, 2010a, p. 261, tradução livre) ²³².

Nesse contexto, a ideologia será decisiva à construção de sentido, pelo intérprete da lei, aos fatos relevantes. Em outras palavras, a adesão prévia a determinados valores eminentemente

²²⁷ DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael, ANTITRUST DIVERGENCE AND THE LIMITS OF ECONOMICS, **Northwestern University Law Review**, v. 104, n. 1, p. 253–292, 2010, p. 257.

²²⁸ HEYER, Kenneth, A World of Uncertainty: Economics and the Globalization of Antitrust, **Antitrust Law Journal**, v. 72, p. 75, 2005, p. 8–9.

²²⁹ LEARY, Thomas B., The Elusive Goal of Convergence and The Inevitability of Uncertainty, **The Antitrust Source**, n. December, 2006, p. 03 - Tradução Livre.

²³⁰ HEYER, A World of Uncertainty: Economics and the Globalization of Antitrust, p. 03–04.

²³¹ Cf. SCHERER, Conservative Economics and Antitrust: A Variety of Influences, p. 30.

²³² Cf. DEVLIN; JACOBS, ANTITRUST DIVERGENCE AND THE LIMITS OF ECONOMICS, p. 261 - Tradução Livre.

políticos – ou, no mínimo, tecnicamente controversos – condiciona a construção de uma narrativa que atribui papéis ao Estado, à empresa e à concorrência²³³.

Assim, enquanto alguns autores atribuem as dificuldades de convergência internacional do antitruste à menor adesão, por parte das autoridades de alguns países, aos postulados universais da teoria econômica, observa-se que eventuais divergências não resultam de inferioridade da análise econômica adotada, mas de “diferentes entendimentos prévios sustentados dessas autoridades concorrenciais no que se refere a suas habilidades de melhorar o que, todos podem concordar, são mercados com desempenho menos que perfeito” (HEYER, 2005, p. 4, tradução livre)²³⁴.

4.1 - A teoria do custo dos erros

Um importante exemplo da interação entre ideologia e os limites do conhecimento econômico é o recurso à *teoria do custo dos erros* para o estabelecimento de limites ao antitruste. Com essa teoria, a Escola de Chicago transforma as fraquezas de sua abordagem em sua maior força: as dificuldades de implementação da análise econômica são instrumentalizadas em prol do reforço de seu viés não-intervencionista.

As incertezas acima descritas tornam o antitruste uma área particularmente afeita à possibilidade de erro²³⁵. A partir dessa constatação, construiu-se uma tradição no antitruste que busca estabelecer uma *teoria da decisão* em cenários de incerteza. Em linhas gerais, essa abordagem analisa a probabilidade e custos de erros em decisões em matéria antitruste, separando: erros Tipo I (falso positivo ou falsa condenação – quando uma empresa é condenada por uma prática que é, de fato, pró-competitiva); de erros tipo II (falso negativo ou falsa absolvição – quando uma empresa é absolvida por uma prática que é, de fato, anticompetitiva).

As diretrizes de tal teoria foram estabelecidas por Frank Easterbrook, em seu trabalho “Limits of Antitrust” (1984)²³⁶, que parte do reconhecimento da impossibilidade da obtenção de conhecimento adequado sobre as práticas que propõe que sejam analisadas sob o modelo neoclássico²³⁷, defendendo que, “para obter uma resposta a um problema prático, precisamos começar com algumas presunções e pontos fixos de referência” (EASTERBROOK, 1984, p.

233 Cf. ADAMS; BROCK, *Antitrust, Ideology, and The Arabesques of Economic Theory*, p. 294..

234 Cf. LAO, *IDEOLOGY MATTERS IN THE ANTITRUST DEBATE*, p. 568.

²³⁵ DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael, *Antitrust Error*, **William & Mary Law Review**, v. 52, n. 1, 2010, p. 82.

236 Cf. EASTERBROOK, *The Limits of Antitrust*, p. 4..

237 *Ibid.*, p. 11.

11, tradução livre).

Para esse fim, Easterbrook estabelece uma regra quanto ao custo de erros no antitruste: absolvições errôneas são menos custosas que condenações errôneas. Condenações errôneas geram prejuízos permanentes, uma vez que cada punição de prática benéfica, em razão da estabilidade dos precedentes judiciais, estende-se a todas as empresas²³⁸. Proibir uma prática benéfica, ademais, impede a obtenção de eficiências e impacta todas as unidades ofertadas, sendo, então, muito mais danoso que a perda de bem-estar gerada pela permissão de uma prática monopolística – que só gera prejuízo na medida em que a oferta é reduzida, e mesmo isso pode ser compensado por ganhos na eficiência produtiva²³⁹. Além de terem menor impacto no bem-estar, absolvições errôneas teriam somente efeitos temporários: se o monopólio tende à autocorreção – preços altos atraem entrada – ele é naturalmente autodestrutivo²⁴⁰.

Essa abordagem tem sido, desde então, acolhida pela teoria antitruste norte-americana – o uso da teoria da decisão é, inclusive, apresentado como uma das maiores características da abordagem Neo-Chicago²⁴¹. Mais recentemente, essa visão foi incorporada pela jurisprudência pela Suprema Corte dos EUA que, nos casos *Brooke Group* (preços predatórios) e *Trinko* (recusa de venda), chancelou uma abordagem marcadamente não-intervencionista, argumentando que condenações errôneas poderiam “esfriar a concorrência”, punindo as condutas que o antitruste pretende estimular, com menção expressa ao termo “falsos positivos”.

Um primeiro problema de tal abordagem, contudo, é que determinar o custo de um tipo de erro depende de conhecer a probabilidade de sua ocorrência: mesmo que uma falsa condenação fosse mais custosa que uma falsa absolvição, esse fato não significaria que *muitas* falsas absolvições são desejáveis a *poucas* falsas condenações²⁴². Essa quantificação, contudo, é impossível quando se trata da complexa e dinâmica atividade econômica, não havendo suficientes estudos empíricos nesse sentido²⁴³.

A ideia de que determinada prática não deve ser objeto de escrutínio quando a “teoria econômica” considera que ela é geralmente pró-competitiva esbarra no problema de que não há apenas uma “teoria econômica” sobre a maioria das condutas empresariais – aqui incidem os problemas relacionados à escolha da teoria a ser aplicada, como se analisou acima. Tal postura

²³⁸ *Ibid.*, p. 02.

²³⁹ *Ibid.*, p. 16.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 15.

²⁴¹ EVANS, David S; PADILLA, Atilano Jorge, Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach, *University of Chicago Law Review*, v. 72, n. 1, p. 73–98, 2005.

²⁴² DEVLIN; JACOBS, Antitrust Error, p. 98.

²⁴³ *Ibid.*, p. 95.

– presumir que uma prática é geralmente pró-competitiva porque assim o estipula uma teoria, sem recurso a uma análise empírica adequada – representa uma inversão entre teoria e realidade: os elementos que cabem, justamente, a um procedimento antitruste descobrir – a extensão do potencial dano antitruste, no caso concreto – são “presumidos para fora”²⁴⁴ das possibilidades de descoberta processual²⁴⁵.

Uma análise que se pretende “baseada em efeitos”, mas que se apegue a premissas genéricas – e desconectadas da realidade econômica em que a lei se insere – pode constituir um novo formalismo, se “privilegia forma sobre conteúdo ou, mais exatamente, privilegia a aplicação de proposições teóricas gerais a uma gama altamente divergente e pertinente de circunstâncias cujas características gerais reais podem, de fato, ser facilmente apuradas” (LEWIS, 2008, p. 3 – tradução livre).

A presunção de que falsas absolvições são menos prejudiciais que falsas condenações também ignora o fato de que, após a “revolução” de Chicago, o antitruste já assumiu marcado viés anti-intervencionista, o que diminuiu bastante o escopo das práticas que podem ser, eventualmente, objeto de condenação²⁴⁶. Com a probabilidade de condenação reduzida no âmbito teórico, é difícil pressupor que falsas condenações serão mais prováveis que falsas absolvições, no âmbito concreto²⁴⁷, especialmente quando consideradas as dificuldades de sucesso em uma apuração de abuso de posição dominante, derivadas da complexidade das provas e ao tempo de duração desses processos²⁴⁸.

Além disso, como observam Devlin e Jacobs (2010), a presunção de que condenar uma prática benéfica geraria danos irreparáveis depende de as seguintes premissas serem verdadeiras: (a) precedentes realmente tenderiam à imutabilidade, o que não é sempre verdade, especialmente em jurisdições que não adotam o *stare decisis*; e (b) que, diante de uma condenação, as empresas não passariam a adotar uma conduta alternativa (a “segunda-melhor” conduta para a empresa), que pode ser tão ou mais eficiente que a prática condenada, sem necessariamente gerar os mesmos prejuízos²⁴⁹.

²⁴⁴ A expressão é de ADAMS; BROCK, *Antitrust, Ideology, and The Arabesques of Economic Theory*, p. 294- tradução livre.

²⁴⁵ Cf. Baker: “Mesmo que muitas ou maioria das instâncias de uma prática beneficiem a concorrência ou sejam competitivamente neutras, isso não significa que o subgrupo de instâncias confrontadas em corte (em virtude de fatos sugerindo a possibilidade de prejuízo ao consumidor) tipicamente beneficiam à concorrência no geral, ou mesmo beneficiam à concorrência de modo algum” (BAKER, 2015, p. 18, tradução livre).

²⁴⁶ Cf. First e Waller, que observam: “*Combinar a abordagem dos custos dos erros de hoje com a regra da razão de hoje acaba por reduzir a aplicação da legislação antitruste a um conjunto quase nulo*” (FIRST; WALLER, 2013. p. 1572 – Tradução Livre).

²⁴⁷ JACOBS, *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, p. 252.

²⁴⁸ LEWIS, *Chilling Competition*, p. 11.

²⁴⁹ DEVLIN; JACOBS, *Antitrust Error*, p. 98.

Presumir a perene capacidade de autocorreção do mercado, por outro lado, não diz nada sobre quanto tempo levará esse processo, ou quanto prejuízo ao bem-estar econômico será causado nesse período (ADAMS; BROCK, 1995, p. 296)²⁵⁰, ou em que medida a concentração econômica, sistematicamente permitida sob esse aspecto, impactará a aptidão de a empresa dominante perpetuar sua posição por *rent-seeking* e práticas exclusionárias. Deve-se questionar, então, se a consolidação de posições dominantes, amplamente permitida por um viés não-intervencionista, não poderia constituir, justamente, aquilo que impede a dinâmica de autocorreção do mercado.

As presunções simplistas subjacentes a essa teoria da decisão constituem mais um elemento da *ideologia* de Chicago para o antitruste: “tais argumentos, na ausência de suporte empírico em uma base caso-a-caso, são primariamente uma preferência por um mercado *laissez-faire*” (FIRST; WALLER, 2013, p. 1.572, tradução livre). Esse resultado não será o mesmo em qualquer jurisdição do mundo. Deve-se reconhecer que “regras sobre erros, assim como visões sobre dominância e mercados, são contingentes e refletem a experiência e crenças nacionais e regionais tanto quanto, se não mais que, elas refletem a Economia” (DEVLIN; JACOBS, 2010b, p. 97, tradução livre)²⁵¹.

O mais curioso elemento a se observar, aqui, é a manobra pela qual a Escola de Chicago utiliza os limites do próprio modelo – que foi, inclusive, conformado para reduzir o espectro de intervenção governamental possível – para informar ainda mais limites à capacidade de atuação governamental em face do poder econômico.

5 - Considerações finais

A ideologia de Chicago serviu à formatação de uma política pública segundo a qual a deseabilidade da concentração econômica é apurada unicamente em função de seus efeitos na eficiência alocativa.

Excluem-se quaisquer outros valores que não possam figurar como variáveis no modelo econômico escolhido – os valores relativos às demais preocupações possíveis com a concentração econômica, como aquelas de caráter distributivo, dinâmico, sistêmico, dentre outras. Tais preocupações, por não figurarem como elementos do modelo econômico escolhido, são desconsideradas, taxadas de “impraticáveis”, “ineficazes” ou “não-econômicas”. Esse

250 Evidências empíricas da duração de práticas anticompetitivas aponta no sentido de que elas podem durar por décadas (BAKER, 2015, p. 9), havendo inclusive muitas evidências da longa duração de cartéis em mercados de produtos homogêneos e com baixas barreiras à entrada REEVES, Amanda P.; STUCKE, Maurice E., Behavioral Antitrust, *Indiana Law Journal*, v. 86, n. June, p. 1527–1586, 2011, p. 1558..

²⁵¹ DEVLIN; JACOBS, Antitrust Error, p. 97 - Tradução Livre.

raciocínio inverte o papel da Economia e do Direito: a operacionalidade do modelo econômico é que determina aquilo que é juridicamente relevante.

De fato, o que esse permanente projeto de isolar questões de eficiência econômica de outras preocupações mascara, sob um manto “tecnocrático”, são decisões eminentemente políticas, estratégia que lhe permite conformar uma agenda “objetiva” apta a ser implementada ao redor do mundo, independentemente da diversidade de contextos econômicos e jurídicos. Mais do que isso, essa “tecnicização” ocorre, como visto, às custas de valores igualmente econômicos.

A harmonização do antitruste com base em modelos econômicos “puros” é, por todo o exposto, impossível, já que, em qualquer jurisdição, tais modelos sempre são operacionalizados em conjunção a um quadro normativo mais amplo. A aplicação de preceitos econômicos, embora essencial à análise antitruste contemporânea, é necessariamente conectada à visão de mundo e valores políticos e sociais do ordenamento jurídico de cada país. Definir a finalidade do antitruste é uma escolha de política econômica, uma vez que não é possível encontrar um consenso absolutamente delimitado na teoria econômica. A eficiência, em qualquer das suas (muitas) definições possíveis, não obstante, muitas vezes é apresentada como um dado, algo autoevidente e neutro de julgamento político: “escolher uma finalidade não é meramente um produto de teorização econômica, mas de economia política” (WAKED, 2015, p. 948 – tradução livre)²⁵².

Isso não significa desmerecer a importância da Ciência Econômica para o direito concorrencial: pelo contrário, esses argumentos têm a intenção de respeitar o valor da teoria econômica como ciência social aplicada em permanente evolução – e, por essa razão, necessariamente marcada pela pluralidade de iniciativas teóricas – escapando-se de tentativas reducionistas que, em última análise, enfraquecem sua utilidade como ferramenta de análise da complexa realidade econômica. Por esse motivo, deve-se conferir razão aos chamados por maior pluralismo em vez de uma “monocultura” de teorias concorrenciais²⁵³, o que Drexler (2009), no contexto da “abordagem mais econômica” na União Europeia, chama de “abordagem

²⁵² Note-se inclusive que, à luz dos problemas que a concentração econômica tem causado ao sistema estadunidense, o “consenso tecnocrático” em torno do bem-estar do consumidor pode estar ruindo, a julgar pela recente ascensão da escola Neo-Brandeisiana (*New Brandeis School*) que – ao contrário das Escola Pós-Chicago ou Comportamental – tem foco, justamente, em questionar as finalidades do antitruste. KHAN, Lina, *The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate*, **Journal of European Competition Law and Practice**, 2018.

²⁵³ BUDZINSKI, *Monoculture versus Diversity in Competition Economics*.

ainda mais econômica”²⁵⁴ (“even more economic approach”)²⁵⁵.

A diversidade teórica também se compreende em razão de diferentes pontos de partida normativos (ideologias) sobre o fenômeno concorrencial. À vista da pluralidade de abordagens possíveis, a taxação de certos valores como “não-econômicos” é sempre contingente, já que “diferentes teorias concorrenciais definem diferentes fronteiras entre ‘econômico’ e ‘não-econômico’” (BUDZINSKI, 2007, p. 24 – tradução livre).

É necessário que o Direito brasileiro, no âmbito do processo de “transplante” de teorias concorrenciais advindas de países desenvolvidos, analise, primeiramente, sua compatibilidade com as escolhas normativas já consolidadas em sua ideologia constitucional. De fato, um regime de “divergência informada” – em que a troca de informações e experiências permite que cada país realize uma escolha informada da adesão ou rejeição de certo padrão jurídico – vem sendo ventilado como uma das tendências na governança do antitruste internacional ²⁵⁶.

Como se afirmou, os modelos econômicos devem conformar-se à ideologia constitucionalmente adotada, e não o contrário. A concepção da finalidade da política econômica de defesa da concorrência deverá se legitimar, portanto, perante à ideologia consagrada na Constituição Econômica brasileira ²⁵⁷.

²⁵⁴ DREXL, Josef, Competition Law as Part of the European Constitution, *in*: BOGDANDY, Armin von; BAST, Jürgen (Orgs.), **Principles of European Constitutional Law**, Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 694–695..

²⁵⁵ Entre os autores brasileiros, é notável a proposta do Prof. José Maria de Arruda Andrade sobre o tema, que defende, partindo da proposta do “even more economic approach” de Drexl, analisa que “*um even more economic approach* poderá transformar-se em mais positivismo jurídico e menos consequencialismo ou ativismo econômico-jurídico. A economia contribuiu muito para a Análise Econômica do Direito. Está na hora de trabalharmos mais em uma Análise Jurídico-Econômica da Análise Econômica do Direito. Sobretudo em uma proposta mais factível de hermenêutica jurídica, de teoria da argumentação e de teoria da decisão” ANDRADE, José Maria Arruda de, **Economicização do Direito Concorrencial**, São Paulo: Quartier Latin, 2014..

²⁵⁶ MARQUIS, Mel, Idea Merchants and Paradigm Peddlers in Global Antitrust, **Global Business & Development Law Journal**, v. 28, p. 155–208, 2015, p. 159.

²⁵⁷ SOUZA, **Direito Econômico**, p. 52.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMS, Walter; BROCK, James W. Antitrust, Ideology, and The Arabesques of Economic Theory. *University of Colorado Law Review*, v. 66, n. 2, p. 257–327, 1995.

ANDRADE, José Maria Arruda de, *Economicização do Direito Concorrencial*, São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ATKINSON, A. *Inequality. What can be done?* Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

AVERITT, Neil W; LANDE, Robert H. Using the Consumer Choice Approach to Antitrust Law. *Antitrust Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 175–264, 2007.

BAKER, C. Edwin. *The Ideology of the Economic Analysis of Law*. *Philosophy and Public Affairs*1, v. 5, n. 1, p. 3–48, 1975.

BAKER, Jonathan B. Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation. *Antitrust Law Journal*, v. 74, n. 3, p. 575–602, 2007.

_____. TAKING THE ERROR OUT OF “ERROR COST” ANALYSIS. *Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 1, 2015.

_____; SALOP, Steven C. Antitrust, Competition Policy, and Inequality. *The Georgetown Law Journal Online*, v. 104, n. 1, 2015.

BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel. The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 2, p. 471–504, 2012.

BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel. Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement. *Fordham Law Review*, v. 81, p. 2497–2541, 2013.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox*. Nova York: The Free Press, 1978.

_____. The Goals of Antitrust Policy. *American Economic Review*, v. 57, n. 2, 1967.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. OBSERVATÓRIO DA EQUIDADE. Indicadores de equidade do sistema tributário nacional. . Brasília: Presidência da República, Observatório da Equidade, 2009

BRUNELL, Richard M. Appropriability in Antitrust: How much is enough? *Antitrust Law Journal*, v. 69, p. 1–42, 2001.

BUDZINSKI, Oliver. Monoculture versus Diversity in Competition Economics. , *Marburg Papers on Economics.*, no 08–2007. Marburg: 2007

BUSH, Darren. Too Big to Bail: The Role of Antitrust in Distressed Industries. *Antitrust Law Journal*, v. 77, n. 1, p. 277–312, 2011.

CRANE, Daniel A. Technocracy and Antitrust. *Texas Law Review*, v. 86, 2008.

DABLA-NORRIS, Era, Kalpana Kochhar, Nujin Suphaphiphat, Frantisek Ricka, and Tsounta

Evridiki. “Causes and Consequences of Income Inequality : A Global Perspective.” IMF Staff Discussion Note, 2015.

DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. ANTITRUST DIVERGENCE AND THE LIMITS OF ECONOMICS. *Northwestern University Law Review*, v. 104, n. 1, p. 253–292, 2010a.

_____. *Antitrust Error*. *William & Mary Law Review*, v. 52, n. 1, 2010b.

DREXL, Josef. On the (a)political Character of the Economic Approach to Competition Law. In: DREXL, JOSEF; KERBER, WOLFGANG; PODSZUN, RUPPRECHT (Org.). . *Competition Policy and the Economic Approach*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2011. .

_____. *Competition Law as Part of the European Constitution*, in: BOGDANDY, Armin von; BAST, Jürgen (Orgs.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford: Hart Publishing, 2009.

DWORKIN, Ronald M. Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, p. 191, 1980.

EASTERBROOK, Frank H. Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks. *Georgetown Law Journal*, v. 76, n. 2, p. 305, 1987.

_____. *Limits of Antitrust*. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, 1984a.

_____. *Workable Antitrust Policy*. *Michigan Law Review*, v. 84, n. 8, p. 1696, 1986.

_____. *The Limits of Antitrust*. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, 1984b.

ELHAUGE, Einer. *Horizontal Shareholding*. *Harvard Law Review*, v. 129, 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Matsushita v. Zenith Ratio Corp.*, 1986

EVANS, David S; PADILLA, Atilano. *Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices*. *University of Chicago Law Review*, v. 72, n. 1, p. 73–98, 2005.

EVANS, Phil. *Search of Marginal Consumer: The Fipra Study*. Brussels: FIPRA, 2008.

FARRELL, Joseph; KATZ, Michael L. *The Economics of Welfare Standards in Antitrust*. *Competition Policy International*, v. 2, n. 2, 2006.

FIRST, Harry; WALLER, Spencer Weber. *Antitrust’s Democracy Deficit*. *Fordham Law Review*, v. 81, p. 2543–2574, 2013.

FOER, Albert A. *On the Inefficiencies of Efficiency as the Single-Minded Goal of Antitrust*. , AAI Working Paper., no 14–2. [S.l: s.n.], 2014.

FOX, Eleanor M. *Against goals*. *Fordham Law Review*, v. 81, p. 2157–2161, 2013.

GERBER, David J. *GLOBAL COMPETITION LAW CONVERGENCE*. Chicago-Kent College of Law Research Paper., no 2014–5. [S.l: s.n.], 2014.

GORMSEN, Liza Lovdahl. *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European*

Competition Law. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010.

HEYER, Kenneth. A World of Uncertainty: Economics and the Globalization of Antitrust. *Antitrust Law Journal*, v. 72, p. 75, 2005.

HORWITZ, M. Law and Economics: science or politics? *Hofstra LR*, v. 8, n. 4, 1980.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Policy after Chicago. *Michigan Law Review*, v. 84, n. 2, p. 213–284, 1985.

_____. *Federal Antitrust Policy*. Minnesota: West, 2011.

_____. Implementing Antitrust's Welfare Goals. *Fordham Law Review*, v. 81, n. 5, 2013.

HYLTON, Keith N; LIN, Haizhen. Optimal Antitrust Enforcement, Dynamic Competition. *Antitrust Law Journal*, v. 77, n. 1, p. 247–276, 2010.

JACOBS, Michael S. An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics. *North Carolina Law Review*, v. 74, n. 1, p. 219, 1995.

KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. *The Economic Journal*, v. 49, n. 195, p. 549–552, 1939.

KAPLOW, Louis. On the choice of welfare standards in competition law. In: ZIMMER,

DANIEL (Org.). *The Goals of Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.

KATZ, Michael L.; SHELANSKI, Howard A. MERGER ANALYSIS AND THE TREATMENT OF UNCERTAINTY. *Antitrust Law Journal*, v. 74, n. 3, 2007.

KERBER, Wolfgang. Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law. In: DREXL, JOSEF; IDOT,

LAURENCE; MONEGER, JOEL (Org.). *Economic Theory and Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008.

KHAN, Lina. The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate. *Journal of European Competition Law and Practice*, 2018.

KHAN, Lina; VAHEESAN, Sandeep. Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents. *SSRN Electronic Journal*, 2016.

KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert H. The Fundamental Goal of Antitrust. *Notre Dame L. Rev.*, v. 84, n. 1982, p. 191–243, 2008.

KOVACIC, William E; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. *Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 1, p. 43–60, 2000.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Microeconomics*. 3rd. ed. Nova York: Worth Publishers, 2013.

- LANDE, Robert H. A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice. *Fordham Law Review*, v. 81, p. 2349–2403, 2013.
- LAO, Marina. IDEOLOGY MATTERS IN THE ANTITRUST DEBATE. *Antitrust Law Journal*, v. 79, n. 2, p. 649, 2014.
- LEARY, Thomas B. The Elusive Goal of Convergence and The Inevitability of Uncertainty. *The Antitrust Source*, n. December, 2006.
- LEWIS, David. Chilling Competition. . [S.l: s.n.]. Disponível em: <<http://www.comptrib.co.za/assets/Uploads/Speeches/lewis13.pdf>>. , 2008
- LIANOS, Ioannis. Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law. , *CLES Working Paper Series.*, no 3/2013. [S.l: s.n.], 2013.
- MARKHAM JR., Jesse. Lessons for Competition Law From the Economic Crisis. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, v. 16, n. 2, p. 261–322, 2011.
- MARQUIS, Mel, Idea Merchants and Paradigm Peddlers in Global Antitrust, *Global Business & Development Law Journal*, v. 28, p. 155–208, 2015.
- MEISEL, John B. The Law and Economics of Margin Squeezes in the US Versus the EU. *European Competition Journal*, v. 8, n. 2, p. 383–402, 1 ago. 2012.
- MOTTA, Massimo. *Competition Policy*. Nova York: Cambridge University Press, 2004.
- MURIS, Timothy J. Improving The Economic Foundations Of Competition Policy. *George Mason Law Review*, v. 12, n. 1992, p. 1, 2003.
- OCDE. Dynamic Efficiencies in Merger Analysis - DAF/COMP(2007)41. *OECD Policy Roundtables Discussion Papers*, n. June, 2007.
- ORBACH, Barak Y. The Antitrust Consumer Welfare Paradox. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 7, n. 1, p. 133–164, 2010.
- OSTI, Cristoforo. Antitrust: a Heimlich manoeuvre. *European Competition Journal*, v. 11, n. 1, p. 221–264, 2015.
- PIKETTY, Thomas. *Capital in the Twenty-First Century*. Kindle ed. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.
- PITOFSKY, Robert. The Political Content of Antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, p. 1051–1075, 1979.
- PORTER, Michael. Competition and antitrust. *The Antitrust Bulletin*, v. 46, p. 919, 2001.
- POSNER, Richard A. The Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, p. 925-, 1979.

POSNER, Richard A. *The Economics Of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1981.

PRASAD, Naren. *Policies for redistribution: The use of taxes and social transfers*. , Discussion Paper Series., no DP/194/2008. [S.l: s.n.], 2008.

REEVES, Amanda P.; STUCKE, Maurice E. *Behavioral Antitrust*. *Indiana Law Journal*, v. 86, n. June, p. 1527–1586, 2011.

RODRIK, Dani. *Economics Rules: The Rights and Wrongs of the Dismal Science*. Kindle ed. Nova York e Londres: W. W. Norton & Company, 2015.

RUBINFELD, Daniel L. *On the Foundations of Antitrust Law and Economics*. In: PITOFSKY, ROBERT (Org.). *How the Chicago School overshot the mark*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 51–74.

SALOP, Steven C. *Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard-Answer*. *Loyola Consumer Law Review*, v. 22, n. 3, p. 336–353, 2010.

SCHERER, F. M. *Conservative Economics and Antitrust: A variety of influences*. In:

PITOFSKY, ROBERT (Org.). . *How the Chicago School overshot the mark*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 30–39.

SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*. Ebook ed. Nova York: Routledge, 1954.

SEDLACEK, Tomas. *Economics of Good and Evil: The Quest for Economic Meaning from Gilgamesh to Wall Street*. Nova York: Oxford University Press, 2011.

SHAPIRO, Carl. *Competition and Innovation. Did Arrow Hit the Bull’s Eye?* In: LERNER, JOSH; STERN, SCOTT (Org.). *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*. Chicago: University of Chicago Press, 2012. p. 361–404.

SIDAK, J Gregory; TEECE, David J. *Dynamic competition in antitrust law*. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 5, n. 4, p. 581–631, 2009.

SOUZA, Washington Peluso Albino De. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.
_____. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. São Paulo: LTR, 2005.

STIGLITZ, Joseph. *Inequality and Economic Growth*. p. 1–18, 2013. Disponível em: <<http://www8.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/sites/jstiglitz/files>>.

STIGLITZ, Joseph E. *The Price of Inequality*. Kindle ed. Nova York: W. W. Norton & Company, 2012.

STUCKE, Maurice E. *Reconsidering Antitrust’ s Goals*. *Boston College Law Review*, v. 53, n. 2, p. 551–630, 2012.

SUNSTEIN, Cass R. Willingness to Pay versus Welfare. *Harvard Law And Policy Review*, v. 1, p. 303–330, 2007.

TOWNLEY, Christopher. *Article 81 EC And Public Policy*. Oxford: Hart, 2009.

VICKERS, John. *Competition Law and Economics : A Mid-Atlantic Viewpoint*. *European Competition Journal*, v. 3, n. 1, p. 1–15, 2007.

WAKED, Dina I. *Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choices*. *Seattle University Law Review*, v. 38, p. 945–1006, 2015.

WILLIAMSON, Oliver E. *Allocative Efficiency and the Limits of Antitrust*. *American Economic Review*, v. 59, n. 2, p. 105–118, 1969.

WRIGHT, Joshua D. *Abandoning Antitrust’s Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust*. *Antitrust Law Journal*, v. 78, p. 301–331, 2011.

WU, Tim. *Taking innovation seriously*. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 2, 2012.

WURMNEST, Wolfgang. *The Reform of Article 82 EC in the Light of the “Economic Approach”*. In: MACKENRODT, MARK-OLIVER; CONDE GALLEGO, BEATRIZ;

ENCHELMAIER, STEFAN (Org.). *Abuse of dominant position : new interpretation, new enforcement mechanisms?* Berlin: Springer, 2008. p. vii, 204 .

ZERBE, Richard O. *Economic efficiency in law and economics*. p. 328, 2001. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com>>.

Reconciliando o direito antidumping e o da concorrência: a natureza jurídica como fonte da coexistência

Marc Antoni Deitos²⁵⁸
Voltaire de Freitas Michel²⁵⁹

RESUMO

Inicialmente, o trabalho apresenta um histórico da concepção do direito antidumping, destacando a sua origem a partir do direito da concorrência, no início do século XX. O retorno a este marco temporal tem como objetivo investigar a natureza originária do direito antidumping e localizar o momento de autonomização deste ramo do direito. A análise do processo histórico demonstra que as críticas atuais dirigidas à aplicação do direito antidumping repousam na transformação da natureza original do instituto, decorrente da bifurcação entre o direito da concorrência e o direito antidumping. Em seguida, são endereçadas as propostas contemporâneas de reaproximação entre o direito da concorrência e o direito antidumping, que tendem, majoritariamente, à ampliação do escopo de atuação do primeiro, abarcando os casos de dumping. Com destaque para a possibilidade de cooperação entre esses dois ramos do direito, conclui-se que na coexistência reside uma alternativa mais apta e adequada para a defesa dos direitos dos consumidores e da indústria nacional, repousando na natureza originária do instituto do dumping o pilar para esta reconciliação. Emprega-se a revisão histórica, com base nas primeiras legislações que regulam o direito antidumping, e a revisão bibliográfica contemporânea para alcançar a conclusão proposta.

Palavras-chave: direito antidumping; direito da concorrência; interesse público.

ABSTRACT

Initially, the paper presents a history of the concept of anti-dumping law, highlighting its origin from competition law in the early twentieth century. It aims to investigate the original nature of the antidumping law and to identify the exact moment it became autonomous. The analysis of the historical process clarifies that the actual critics directed to anti-dumping law are based on the transmutation of its original nature, resulting from the bifurcation of competition law and anti-dumping law. Next, the paper addresses contemporary proposals for a rapprochement between competition and anti-dumping law, which tend to extend the scope of competition law to cover cases of dumping. Emphasizing the possibility of cooperation between both laws, the article defends that in the coexistence lies a more appropriate alternative for the defense of both the consumer rights and the national industry rights. The pillar for this coexistence rely on the original nature of the antidumping law. To reach its conclusion, the methodology is based on a historical approach of the first laws emanated to regulate anti-dumping and on the contemporary theories on the topic.

Keywords: anti-dumping law, competition law; public interest.

²⁵⁸ Doutor em Direito Internacional e Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Atualmente, é Diretor do Campus Porto Alegre da IMED - Faculdade Meridional, e Professor do Curso de Direito.

²⁵⁹ Doutor em Direito pela UFRGS e professor do curso de Direito da IMED - Faculdade Meridional, em Porto Alegre. Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul

INTRODUÇÃO

A origem do direito antidumping é direito da concorrência, porém a autonomia deste campo do direito jamais deixou de ser questionada em relação à sua origem. A independência do direito antidumping do direito da concorrência ocorreu no início do século XX para resolver problemas que se encontravam em âmbitos regulatórios distintos: o direito da concorrência mirava a manutenção das condições do mercado doméstico e suas implicações para os consumidores, enquanto o direito antidumping focava nas condições do mercado internacional e suas consequências para a indústria nacional.

A partir de meados do século XX, o direito antidumping, como parte autônoma do direito da concorrência, passou a ser questionado com mais intensidade. Propostas e experiências avançaram na regulação do direito antidumping pelo direito da concorrência. Esse movimento instalou uma tensão no debate contemporâneo entre esses dois ramos do direito. Alternativas que repercutem com credibilidade desenham um caminho do meio: a preservação do direito antidumping e do direito da concorrência, convergindo-os quando necessário para combater práticas contrárias à concorrência e desleais de comércio, mas, sobretudo, conservando a autonomia dos campos de atuação.

A pergunta que motiva esse debate pode ser posta na seguinte forma: se, na origem, o direito antidumping e o direito da concorrência não foram capazes de percorrer os mesmos trilhos, é possível que, com a enorme evolução e descolamento desses ramos do direito nas últimas décadas, apenas subsista autonomamente em substituição ao outro? Propõe-se que o caminho para essa pergunta está na natureza originária do direito antidumping, no momento quando se desconectou do direito da concorrência. Ao autonomizar-se, o direito antidumping se desgarrou de sua natureza original, submetida à vinculatividade legal estrita. Explora-se que é neste ato de ruptura que se prende a crítica quanto à discricionariedade e ao abuso do Estado na aplicação do direito antidumping. Por isso, é na natureza originária do direito antidumping que se deve perquirir a solução para as críticas contemporâneas às quais esse ramo do direito foi submetido.

Para responder a indagação proposta, organiza-se este artigo em duas partes. Na primeira parte, percorre-se o caminho da ruptura entre o direito da concorrência e o direito antidumping, marcada pela transição da vinculatividade legal estrita à discricionariedade polarizada pelo interesse público. Na segunda parte, estudam-se as principais consequências

dessa ruptura e filia-se uma alternativa ao modelo majoritário proposto de absorção do direito antidumping pelo direito da concorrência. Conclui-se pela proposição de um modelo de cooperação entre esses ramos do direito, assentado em sua natureza originária comum.

1 A autonomia do direito antidumping: da vinculatividade legal estrita à discricionariedade polarizada pelo interesse público

A origem do conceito de dumping encontra-se no contexto da transição do século XIX para o século XX. Nesse período, os mais importantes Estados comerciantes (Estados Unidos, França, Alemanha, Itália e Japão), com exceção do Reino Unido, mantinham barreiras tarifárias elevadas, como forma de proteger suas indústrias da concorrência estrangeira. A determinação das barreiras tarifárias cabia ao Poder Legislativo, de modo que, quando se iniciavam os debates sobre as leis de tarifas, instalava-se uma prolongada instabilidade política interna, uma vez que representantes de grupos com interesses opostos – elevação ou diminuição das tarifas – custavam a concluir as negociações (ZVIDZA, 2008).

Concomitantemente ao processo legislativo, o fluxo de comércio internacional aumentava significativamente no início do século XX. Entre as implicações da elevação dos fluxos comerciais, incluía-se a importação de produtos com valor inferior àqueles praticados pelas indústrias nacionais. Alterar as leis de tarifas constituía mecanismo muito mais complexo e arriscado politicamente do que estabelecer um novo método para proteger a indústria nacional dos produtos estrangeiros. Essa conjuntura política deu impulso à concepção de um mecanismo alternativo de proteção contra produtos importados que chegavam ao mercado doméstico com um preço abaixo do praticado no mercado produtor: o direito antidumping.

A inspiração para o funcionamento desse novo mecanismo foi encontrada nas leis antitrustes, que buscavam proteger a concorrência no mercado interno. A proposta de prolongar os efeitos das leis antitrustes em direção às relações de comércio internacional repousava na concepção de que a venda de produtos abaixo do valor no mercado produtor se encontrava diretamente conectada à conquista do mercado estrangeiro. Após os trustes se estabelecerem no país de origem, sua voracidade voltava-se para além de suas fronteiras, em uma ação que, primeiro, busca aniquilar com a concorrência doméstica para, posteriormente, ampliar seu poder monopolístico sobre outros territórios. Essa ação internacional dos trustes não se enquadrava perfeitamente na arquitetura das leis nacionais antitruste, que buscavam especificamente regular a concorrência no mercado doméstico, com foco na oferta dos bens aos

consumidores.

Logo, as primeiras legislações antidumping partiam da inferência de que os trustes, após conquistar os mercados de suas origens, buscavam estender sua influência sobre os mercados vizinhos, impactando negativamente ou impedindo o desenvolvimento da indústria local - aniquilada pelo exportador estrangeiro de forma a estabelecer o monopólio na oferta daquele produto. Essa inferência se combinou à dificuldade política de alteração das leis de tarifas, criando a conjuntura para o florescimento de um mecanismo mais ágil para aplacar o ímpeto dos trustes estrangeiros.

A concepção econômica predominante à época defendia o aumento da produção da indústria nacional com o apoio do Estado. Se o excesso de produção não encontrasse demanda suficiente, abria-se a alternativa de vender esse produto no mercado internacional, mesmo que a um preço abaixo de seu valor no mercado doméstico, ou vendê-lo para o próprio Estado, que exerceria a função de controle dos preços internos, como forma de salvaguardar ou incentivar a indústria nacional. Colocar esses produtos no mercado internacional também teria o efeito de retardar o sucesso de empresas estrangeiras produtoras do bem similar. Segundo esse pressuposto, a venda internacional de produtos, para driblar um problema de excesso de produção, traria um impacto positivo em médio prazo para a indústria nacional produtora, ao impossibilitar ou retardar o surgimento de empresas concorrentes estrangeiras (DEPYERE; DELOTS, 2006).

Pela proximidade da forte indústria estadunidense, o Canadá inaugurou o primeiro arcabouço legal para impedir a invasão de produtos estrangeiros e possibilitar o florescimento de indústrias locais. O alvo da legislação canadense foi a *U.S. Steel Corporation*, produtora de trilhos de trem à época em que o Canadá iniciava a construção de longas ferrovias para conectar o país de costa a costa. As tarifas alfandegárias canadenses não eram suficientemente altas para elevar o valor dos trilhos oferecidos pela *U.S. Steel Corporation* a um patamar que justificasse a compra de trilhos da indústria nacional. Para proteger a indústria nascente, estabeleceu-se um novo instrumento legal que possibilitava aumentar as barreiras tarifárias sem abrir o processo legislativo sobre a lei de tarifas. Inspirada na lei antitruste, o direito antidumping procurava defender a concorrência por meio do combate ao monopólio estrangeiro sobre o território nacional, e buscava possibilitar o florescimento de uma indústria concorrente ou, se já estabelecida uma indústria doméstica, protegê-la contra as tentativas estrangeiras de eliminá-la do mercado.

A extensão da lógica das leis antitrustes aos direitos antidumping continha uma

contradição incipiente. Para o novo mecanismo de proteção ter sucesso era necessário partir do pressuposto que a intenção da indústria estrangeira em vender um produto abaixo do valor de mercado era construir um monopólio de fornecimento do produto e, com isso, impossibilitar o florescimento da concorrência. Ficava patente uma assincronia entre o direito antitruste e sua aplicação sobre o produto importado, pois nem todo o produto vendido abaixo do seu valor de mercado provinha de um exportador com a intenção de ferir a indústria local. Essa assincronia implicava diretamente a inadequação ou a incapacidade da aplicação da lei antitruste em sanar esse novo problema do comércio internacional (SMAGEL; MANKIW, 2005).

Soma-se a esse contexto outro contraponto, que diz respeito à função dessas legislações. Enquanto a lei antitruste buscava regular a oferta de produtos no mercado doméstico para manter uma concorrência saudável e eficiente, além de proteger os consumidores dos riscos do mercado monopolista, os direitos antidumping assentavam-se sobre outro eixo relacional, em que se excluía o consumidor e, em seu lugar, surgia a indústria nacional. O direito antidumping advém, portanto, da necessidade de defesa da indústria nacional, e não para regular a oferta de produtos para os consumidores no mercado doméstico ou defender a concorrência em si (FORGIONI, 1998). Conforme a proposição compartilhada por muitos autores contemporâneos “*antidumping measures protect competitors while the competition policy protects competition*” (RAI, 2006, p. 969), pode-se afirmar que o direito da concorrência objetiva proteger a concorrência, enquanto o direito antidumping tem como foco proteger a indústria nacional.

Por isso, as primeiras legislações antidumping nasceram influenciadas pelo espírito das leis antitrustes: submetidas à vinculatividade legal estrita, exigindo das partes envolvidas critérios objetivos para classificar a restrição à concorrência e os meios de prova para tanto. As inconsistências advindas do prolongamento do espírito de uma lei, para cujo fim não havia sido estabelecida – incidir sobre produtos estrangeiros, e não trustes nacionais – e para defender um ente que também lhe era estranho – a indústria nacional e não a concorrência em si -, tornaram as recém-criadas leis antidumping incapazes de atender a sua função. Estava presente uma longa distância conceitual e fática entre produtos estrangeiros e trustes nacionais, assim como entre a defesa da concorrência e a defesa da indústria nacional.

A ruptura definitiva entre as leis antitrustes e as leis antidumping ocorreu em 1921. A aplicação do direito antidumping constituía um remédio legal, cuja lógica era regida pela estrita vinculatividade legal, limitada pela precisão dos termos jurídicos e pela produção dos meios de provas. A lei estadunidense de 1916 exigia a presença dos pressupostos jurídicos - venda do produto estrangeiro abaixo do seu valor no mercado de origem e intenção de causar dano à

indústria nacional ou de prevenir o seu estabelecimento -, requisitos que também se faziam presentes na lei antitruste. A sujeição da legislação antidumping a esse modelo normativo tornava sua aplicação bastante restrita e morosa, em decorrência, principalmente, da dificuldade de comprovação dos pressupostos jurídicos exigidos pela legislação. Dentre esses pressupostos, a prova da intenção do produtor estrangeiro em causar dano à indústria nacional ou da intenção de impedir o seu estabelecimento, mesmo quando o dano à indústria restava comprovado, fazia com que a lei antidumping fosse, em grande medida, ineficaz.

Da pressão advinda dos produtores domésticos em vários países além dos Estados Unidos, como Reino Unido, Nova Zelândia e Austrália, resultou a alteração das legislações antidumping em todos esses Estados, no mesmo ano de 1921 (FINGER, 1991). Dentre os fatores que confluíram para a alteração das legislações, destacava-se a certeza de que a Alemanha praticava dumping predatório – com intenção de retardar indústrias nascentes estrangeiras (ZVIDZA, 2008), o fim da revisão seletiva de tarifas, que permitia a abertura da revisão somente para alguns setores, o sentimento espalhado de crescimento e fortalecimento internacional dos trustes, a escalada das barreiras tarifárias internacionalmente e a busca por um novo mecanismo para proteger o produtor nacional (FINGER, 1991).

Em 1921, as alterações nas legislações nacionais convergiram em muitos aspectos. Dentre as mudanças, suprimiu-se a prova da intencionalidade do agente em praticar o dumping, demanda que dificultava a produção de prova pela indústria nacional. Contudo, a alteração mais profunda não se deu nos pressupostos para aplicação do direito antidumping, mas na transição dessas legislações da vinculatividade legal estrita para a discricionariedade polarizada pelo interesse público. O direito antidumping deixou de ser um remédio jurídico sujeito ao estrito controle normativo e passou a constituir um instrumento administrativo maleável e flexível à discricionariedade do Estado. Essa alteração fica patente, por exemplo, na legislação estadunidense de 1921, que passa a permitir a aplicação de um direito antidumping “*whenever the Secretary of the Treasury finds that an industry in the United States is being or is likely to be injured or is prevented from being established*”, ou, como a lei canadense, que inspira a lei dos Estados Unidos e, nesse sentido, dispõe que a aplicação de um direito antidumping pode ocorrer “*whenever it appears to the satisfaction of the minister of customs [...]*”.

Essa transição buscava suprir a demanda por proteção do empresariado nacional que requeria do Estado uma ação mais rápida e eficaz contra os produtores estrangeiros acusados de vender bens a preços de dumping. A característica principal dessa transição tornou-se a razão do ataque quanto à legitimidade dos direitos antidumping, uma vez que esses direitos escaparam

do império da lei e se vincularam a um remédio administrativo discricionário e flexível para a concessão do direito antidumping, conforme destaca Michael Finger:

Rule of law was what was blocking things, not any particular word in the law. Enlarging the scope for action against imports would require a shift from a legal to an administrative approach – or, if one wants to use the pejorative synonym, a bureaucratic approach (FINGER, 1991, p. 20).

A transição das medidas antidumping da vinculatividade legal estrita para a discricionariedade polarizada pelo interesse público implicou a alteração tanto dos pressupostos para sua aplicação como de seus meios de prova. Identifica-se, nessa transição, o descolamento do direito antidumping de sua natureza jurídica inicial, inspirado nas leis antitruste e submetidas ao estrito controle legal, e sua inserção em um âmbito caracterizado pela maior discricionariedade da administração pública na condução desses instrumentos.

Os ataques contemporâneos mais incisivos às legislações antidumping, provenientes principalmente dos estudos que defendem sua supressão, decorrem, justamente, da discricionariedade e flexibilidade na aplicação desse instrumento de defesa comercial, aberto à ampla pressão política dos grupos dos interesses. Com muita propriedade, Michael Finger esclarece essa degenerescência a que se vinculam os críticos do direito antidumping:

Under the softer standard of interpretation and proof, administration of the law could follow changing political pressures for protection much more quickly than a more rigorous, rule-of-law standard would allow. Thus it prepared the way for the eventual emergence of antidumping as the main vehicle for import-competing interests to press for protection -- and for governments to respond to those pressures (FINGER, 1991, p. 21).

A intensificação da complexidade dos atos administrativos também caracterizou as recém emanadas legislações antidumping. A complexidade das normas administrativas carrega consigo a possibilidade latente do abuso na aplicação das medidas antidumping pelo Estado. Ou seja, não exige a aplicação da medida antidumping quando ela se faz necessária para salvaguardar a indústria nacional da concorrência desleal estrangeira, ao mesmo tempo em que possibilita ao Estado responder às pressões de grupos politicamente organizados que demandam por proteção contra o dumping, mesmo quando ele não se faz presente (LIMA-CAMPOS; VITO, 2004).

A complexidade e a maleabilidade na análise dos pressupostos que justificam a aplicação da medida antidumping constituem as críticas mais vigorosas que atacam a própria existência do direito antidumping. A medida antidumping passou a ser compreendida como

uma válvula de escape à disposição do Estado, para utilizá-la quando pressionado internamente por grupos politicamente organizados em busca de proteção, e não como um direito decorrente de um dano causado à indústria nacional, a exemplo da relação estabelecida entre os consumidores e o direito da concorrência (NIELS; KATE, 2006).

Michael Finger expõe a conexão entre o Estado e os grupos de interesse a que foram vinculadas as medidas antidumping. O autor esclarece a relação que se estabeleceu ao se retirar da vinculatividade legal estrita a aplicação das medidas antidumping e passá-las à esfera da discricionariedade administrativa polarizada pelo interesse público:

First, pressure is applied to push administrative interpretation to the limit of existing law, then the extended interpretation is added to the law. Each time through, the law becomes more detailed and its administration more complex -- a medium more and more hospitable to power politics, more and more favorable to the home country petitioner's case over the exporter's, and more and more detached from the initial rationale for the regulation (FINGER, 1991, p. 35).

[...]

Antidumping regulation was created by removing from antitrust law the checks and balances that constrain antitrust policy to disciplining only competitive practices that compromise society's overall interests. Antitrust is in both theory and practice an instrument to defend the public interest. But antidumping is a different matter. Free of the constraints that rule of law impose on antitrust, antidumping is an instrument that one competitor can use against another [...] (FINGER, 1991, p. 42).

A racionalidade na origem das leis antidumping residia na possibilidade de defender o produtor doméstico contra o ataque de exportadores que buscavam arruinar ou prevenir a implantação da indústria nacional. O descolamento do direito antidumping da vinculatividade legal estrita, tornando-o uma medida submetida à discricionariedade polarizada pelo interesse público, implicou no ataque quanto à sua legitimidade para resolver esse problema do comércio internacional, uma vez que se tornou alvo das críticas vinculadas à discricionariedade política e à respectiva influência dos grupos de interesse.

Quando essa racionalidade desvirtuada do direito antidumping tornou-se nítida, o direito da concorrência foi incentivado a ampliar seu raio de cobertura para acolher o tratamento do dumping. Incluir o dumping como um problema ligado à concorrência teria o condão de trazê-lo de volta à vinculatividade legal estrita. Apesar do apoio que essa proposta angaria, o direito da concorrência e o direito antidumping possuem âmbitos de incidência distintos, mesmo que, em alguns pontos, seja possível identificar uma significativa convergência. Além disso, eles guardam uma ampla capacidade de cooperação em situações jurídicas quando os problemas de comércio internacional e de concorrência doméstica se interconectam. A solução não parece

repousar no tratamento do dumping como um problema do direito da concorrência, mas em reabilitar e em fortalecer a vinculatividade legal na aplicação do direito antidumping.

2 A tensão entre o direito antidumping e o direito da concorrência: a natureza originária como fonte da coexistência

O debate entre o direito da concorrência versus o direito antidumping desenvolve-se ao entorno do seguinte problema central: porque o dumping é considerado uma prática desleal de comércio? A economia demonstrou que o dumping pode decorrer da simples atuação do princípio da oferta e da demanda de determinado produto, no mercado doméstico ou no mercado internacional. O dumping pode ter como causa o fluxo normal de comércio que se estabelece entre os países e, nesse caso, não se pode identificá-lo como uma prática desleal (ETHIER, 1982).

Essa conclusão, contudo, é incompleta e parcial, pois não recepciona os casos em que o dumping decorre de problemas conectados ao direito da concorrência e que, por ele, não conseguem ser tratados. Por exemplo, um produtor pode compensar a venda do produto abaixo do valor normal (dumping) no mercado internacional por desfrutar de um mercado doméstico protegido, no qual exerce amplo domínio e impõe valores mais elevados ao seu produto. A partir desta hipótese, Jeffrey Garten (GARTEN, 1994) constrói quatro cenários que possibilitam o surgimento desta forma de dumping: o mercado protegido no Estado exportado; as práticas contrárias à concorrência no Estado exportador, que possibilitam exportar abaixo do valor praticado no mercado doméstico; a concessão de subsídios pelo governo; e a presença de Estados cujas economias não são regidas pelas leis de mercado. Esses mesmos casos, contudo, são utilizados para defender o direito da concorrência em substituição ao direito antidumping, uma vez que, ao fim e ao cabo, as causas para a prática do dumping estão diretamente relacionadas à fragilidade com que se aplica o direito da concorrência.

Desse debate entre o direito da concorrência e o direito antidumping identifica-se quatro posições alternativas. A primeira corresponde à substituição do direito antidumping pelo direito da concorrência no contexto dos acordos de livre comércio, a qual apresenta um número significativo de adeptos (VOON, 2010). A segunda defende uma relação mais estreita entre as medidas antidumping e o direito da concorrência no âmbito da Organização Mundial do Comércio (MAVROIDIS; HOEKMAN, 2003). Uma terceira propõe abolir as medidas antidumping, sem substituí-las pelo direito da concorrência no contexto dos acordos de livre

comércio (NIELS; KATE, 1997). Por fim, parte da doutrina advoga pela coexistência do direito antidumping e do direito da concorrência, pelo exercício da complementariedade em que podem funcionar (RAI; CONRAD, 2002).

Dentre essas alternativas, considera-se que a coexistência do direito antidumping e do direito da concorrência traz os melhores benefícios para o Estado, pois tem o condão de resolver situações em que isoladamente não estariam aptos a solucionar. Essa posição advém, sobretudo, da possibilidade de uso efetivo do dumping com propósitos de burlar o direito da concorrência. Por exemplo, uma empresa ou grupo de empresas podem usufruir de uma posição privilegiada em seu país ou países de origem para exportar produtos a preço de dumping, de forma a capturar esse mercado ou impedir o surgimento de uma indústria concorrente.

No caso de trustes internacionais, essa prática torna-se mais evidente pela capacidade de elevar os valores dos produtos em seus países de origem e, com isso, exportar abaixo do valor praticado em seu mercado. Nesse caso, os trustes internacionais não sofrem nenhuma perda que necessitem compensar no mercado internacional. Eles praticam dumping simplesmente ao elevar o valor do produto em seus mercados domésticos (em que possuem ampla margem de lucro) e exportam a preço inferior ao praticado no mercado doméstico. A posição dominante dos trustes internacionais possibilita comercializar com dumping, impedindo o surgimento de indústrias em outros Estados ou fragilizá-las. Esses casos podem ser resolvidos mais adequadamente pela confluência do direito antidumping com o direito da concorrência do que pela mitigação de um pelo outro.

Na virada do ano 2000, um caso com ampla repercussão internacional, iniciado pela investigação simultânea de dumping em diversos países, dentre os quais, Estados Unidos, Canadá, Austrália e Brasil, concluiu pela prática de dumping predatório por trustes internacionais relacionados à produção de vitamina C. Esse caso tornou nítida a importância, principalmente para os países em desenvolvimento, do direito da concorrência e do direito antidumping atuarem de forma articulada e aliarem-se para coibir ações de trustes internacionais, em que a aplicação exclusivamente de um ramo do direito pode não ser suficiente para proteger a concorrência e a indústria nacional.

Um truste, envolvendo produtores de vitaminas dos Estados Unidos, Suíça, Japão, Canadá e Alemanha, operou entre 1990 e 1999, elevando internacionalmente o preço da vitamina C. Nos Estados Unidos e na União Europeia, a ação do truste foi coibida pela aplicação do direito da concorrência. Na Índia, diferentemente, o truste não foi condenado por infringir a concorrência. Por isso, o truste passou a mirar seu crescimento nos países em desenvolvimento,

como o Brasil e a África do Sul (GULATI; MALHOTRA, 2006).

Diante da impossibilidade de combater o truste pela aplicação do direito da concorrência na Índia - seja pela fragilidade da legislação indiana ou pela incapacidade da autoridade responsável - o maior produtor indiano de vitamina C optou por solicitar uma investigação por dumping. Essa mesma ação foi desencadeada por produtores brasileiros e sul-africanos, em seus respectivos países, para investigar a exportação de vitamina C pelo truste internacional para seus mercados domésticos. A ação do truste internacional - que após ter sido vencido nos Estados Unidos e na União Europeia pelo direito da concorrência - mirou na venda para países em desenvolvimento e foi exaurida pela possibilidade de aplicação do direito antidumping (GULATI; MALHOTRA, 2006).

Nesse caso, duas constatações mostram-se especialmente importantes para o debate sobre o direito da concorrência e o direito antidumping. A primeira constatação refere-se à descoberta do truste internacional de vitamina C. As indicações sobre a sua existência partiram do alerta lançado pelo início simultâneo, em diversos países, de investigações de dumping contra a indústria da vitamina C. A segunda constatação diz respeito à solução do caso. Alguns países, alertados pelas investigações simultâneas de dumping, acionaram as autoridades locais responsáveis pela defesa da concorrência. Em outros Estados, como a Índia, o direito da concorrência não alcançou o truste, mas o direito antidumping obteve o resultado almejado, servindo de modelo para outros países em desenvolvimento dissuadirem sua ação internacional.

Dessa forma, destaca-se que o truste não foi coibido pelos mecanismos do direito da concorrência nos países em desenvolvimento, mas pela ação da indústria nacional ao buscar a aplicação do direito antidumping. A articulação entre o direito da concorrência e do direito antidumping possibilitou alertar para a existência do truste internacional e combatê-lo com os instrumentos mais adequados disponíveis em cada Estado.

Ao analisar esse caso, Scheela Rai (2006) aponta, de forma precisa, para a colaboração que o direito antidumping presta ao direito da concorrência. Para o autor, a ação utilizada pela Índia *“is a welcome result and we should say that anti-dumping authority has succeeded in maintaining competition in the market which otherwise would have got stifled to the detriment of the consumers”* (RAI, 2006, p. 976).

Na sequência, o autor avança o argumento da importância do direito antidumping para a proteção da concorrência quando escreve que *“anti-dumping measures might be an important tool in protecting and promoting competition because protecting competitors sometimes becomes necessary to protect competition especially in developing country markets”* (RAI,

2006, p.976).

O autor indiano também reforça a tese da cooperação e do papel colaborativo que o direito antidumping e o direito da concorrência exercem mutuamente, ao lecionar:

Therefore anti-dumping measures also advance the objective of competition policy by ensuring that there are enough players in the market and the market is not dominated by some producers creating effective entry barriers for other producers. (RAI, 2006, p.976).

Nesse sentido, vale recordar as palavras de Jeffrey Garten à Câmara de Comércio dos Estados Unidos, em 1994, sobre a relação entre os direitos da concorrência e o direito antidumping quando expôs que “*competition laws can and do work effectively alongside the anti-dumping law, but are not a substitute for it*” (GARTEN, 1994, p.11).

Dentre as possibilidades levantadas sobre o contato que se deva estabelecer entre o direito da concorrência e o direito antidumping, a proposta de cooperação apresenta a potencialidade de se adequar com menor atrito aos diversos ordenamentos jurídicos. A manutenção dos instrumentos legais que possam identificar de forma mais célere os danos causados à concorrência, aos consumidores e à indústria nacional resguarda os interesses dos diversos grupos que podem ser afetados por práticas de comércio desleais, no âmbito nacional ou internacional. A intensidade dos fluxos internacionais reforça a concepção de que a cooperação entre os instrumentos legais, concebidos para defender a concorrência e para defender as indústrias, constitui o exercício mais adequado para combater as práticas desleais de comércio. É pela atuação convergente que se descortinam novas formas de burlar a concorrência, ao mesmo tempo em que apresentam métodos eficazes para resolução das degenerescências do mercado.

CONCLUSÃO

O direito antidumping, ao se afastar da vinculatividade legal estrita que o caracterizava em sua origem, passou a ser criticado como um instrumento sujeito ao abuso discricionário das autoridades estatais, regido por normas complexas e flexíveis, que favorecem a conexão política ao rigor jurídico em sua aplicação. A crítica contemporânea majoritária defende a própria abolição do direito antidumping e sua conseqüente substituição pelo direito da concorrência. Neste artigo, buscou-se construir uma alternativa à expansão do direito da concorrência baseada no resgate da natureza jurídica originária do direito antidumping, por considerar que a

cooperação entre o direito antidumping e o direito da concorrência favorece soluções complementares, além de se preservar os sujeitos distintos de proteção, a indústria nacional e os consumidores, respectivamente.

Uma indicação de que a sinergia entre os dois ramos do direito - concorrência e antidumping - parece ser a mais adequada, é o resultado obtido com relação ao truste internacional da vitamina C, mencionado no corpo do trabalho. Com efeito, duas constatações mostram-se especialmente importantes para o debate sobre o direito da concorrência e o direito antidumping. A primeira refere-se à descoberta do truste internacional de vitamina C. As indicações sobre a sua existência partiram do alerta lançado pelo início simultâneo, em diversos países, de investigações de dumping contra a indústria da vitamina C. A segunda constatação diz respeito à solução do caso. Alguns países, alertados pelas investigações simultâneas de dumping, acionaram as autoridades locais responsáveis pela defesa da concorrência. Em outros Estados, como a Índia, o direito da concorrência não alcançou o truste, mas o direito antidumping obteve o resultado almejado, servindo de modelo para outros países em desenvolvimento dissuadirem sua ação internacional.

Em resumo, o truste não foi coibido pelos mecanismos do direito da concorrência nos países em desenvolvimento, mas pela ação da indústria nacional ao buscar a aplicação do direito antidumping. A articulação entre o direito da concorrência e do direito antidumping possibilitou alertar para a existência do truste internacional e combatê-lo com os instrumentos mais adequados disponíveis em cada Estado.

É de se reconhecer, da mesma forma, que, na busca da aplicação justa e correta do direito antidumping, a solução repousa na restauração da vinculatividade legal estrita. A aplicação rigorosa, transparente, previsível das normas, baseada em provas e fatos concretos, e afastada da discricionariedade política polarizada pelo interesse público, deve guiar a aplicação do direito antidumping. Reconnectá-lo com a sua natureza jurídica originária implica sanar a insegurança, a imprevisibilidade e, por consequência, a pesada desconfiança que hoje sobre ele permanece.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DEPYERE, Stefaan; DELOTS, Mélanie. More efficient policies to combat trade distortions: how quality management programmes can help rationalize the use of trade defense instruments. An Illustration in the European Union. **Journal of World Trade**, 2006, v. 46, n. 1, pp. 61-81.

ETHIER, Wilfred. Dumping. **Journal of Political Economy**, 1982, v. 90, pp. 487 – 506.

FINGER, Michael. **The origins and evolution of antidumping regulation**. Washington: The World Bank, Policy Research Working Paper Series n. 783, October 1991.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GARTEN, Jeffrey. **New challenges in the world economy: the anti-dumping law and US Trade Policy**, speech presented at the US Chamber of Commerce, Washington, D.C., 7 April 1994, pp. 11-13.

GULATI, Summet; MALHOTRA, Nisha; MALHOTRA, Shavin. Extent of protection via anti-dumping law: a case study of the vitamin C industry in India. **Journal of World Trade**, 2005, v. 39, n. 5, pp. 925-936.

LIMA-CAMPOS, Aluisio de; VITO, Adriana. Abuse and Discretion. The Impact of Anti-dumping and Countervailing Duty Proceedings on Brazilian Exports do the United States. **Journal of World Trade**, 2004, v. 38, n. 1, pp. 37-68.

MAVROIDIS, Petros; HOEKMAN, Bernard. Economic development, competition policy and the World Trade Organization. **Journal of World Trade**, 2003, v. 37, n. 1, pp. 1-27.

NIELS, Gunnar; KATE, Adrian ten. Antidumping policy in developing countries: Safety valve or obstacle to free trade? **European Journal of Political Economy**, 2006, v. 22, n. X, pp. 618-638.

NIELS, Gunnar; KATE, Adrian ten. Trusting antitrust to dump antidumping: abolishing anti-dumping in free trade agreements without replacing it with competition law. **Journal of World Trade**, 1997, v. 31, n. 6, pp. 29- 52.

RAI, Sheela. Op. cit.; CONRAD; Christian. Dumping and anti-dumping measures from a competition and allocation perspective. **Journal of World Trade**, 2002, v. 36, n. 3, pp. 563-575.

RAI, Sheela. Protection of competition through anti-dumping law: a case study of the vitamin industry in India. **Journal of World Trade**, 2006, v. 40, n. 5, pp. 969-977.

SMAGEL, Phillip; MANKIW, Gregory. Antidumping: the third rail of trade policy. **Foreign Affairs**, 2005, v. 84, n. 4, pp. 107–119.

VOON, Tania. Eliminating Trade Remedies from the WTO: lessons from regional trade agreements. **International and Comparative Law Quarterly**, 2010, v. 59, pp. 625-667.

ZVIDZA, Tinevimbo. Dumping, antidumping and the future prospects for fair international trade. **Mestrado (Dissertação)**. Faculdade de Direito. University of Fort Hare, 2008, pp. 15-20.

A atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no processo de incorporação da empresa recuperanda e a teoria *failing company defense*

Márcio Gabriel Plastina Júnior²⁶⁰

Leonardo José Peixoto Leal ²⁶¹

RESUMO

As dificuldades econômicas e financeiras pelas quais passam as mais diversas empresas, em especial em tempos de crise, podem levá-las ao processo de Recuperação Judicial ou até mesmo o seu fim, por meio do processo falimentar. Ocorre que, justamente nesse período em que as empresas encontram-se fragilizadas é que se dá maior abertura ao processo de incorporação, sobretudo por suas concorrentes. Tal fato, gera o problema acerca do controle de mercado, violando diversos princípios e normas ligadas à Livre Concorrência. Questiona-se, portanto, qual a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em tais processos de incorporação e fusão? Assim, analisam-se os posicionamentos firmados pela Autarquia, por meio de decisões já existentes. Como metodologia, utiliza-se o estudo descritivo-analítico, através de pesquisa bibliográfica, legislativa e documental. Por fim, conclui-se sugerindo a aplicação da Teoria Failing Company Defense para a resolução de processos da mesma natureza.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Fragilidade. Incorporação. CADE. Teoria Failing Company Defense.

ABSTRACT

The economic and financial difficulties experienced by the most diverse companies, especially in times of crisis, can lead them to the process of Judicial Recovery or even their end, through the bankruptcy process. It happens that, precisely in this period when companies are fragile, there is greater openness to the incorporation process, especially by its competitors. This fact, generates the problem about the control of the market, violating several principles and norms related to the Free Competition. So, what is the performance of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) in such incorporation and fusion processes? Thus, the positions established by the Autarchy, through existing decisions, will be analyzed. As a methodology, the descriptive-analytical study is used, through bibliographical, legislative and documentary research. Finally, it concludes by suggesting the application of Failing Company Defense Theory for the resolution of processes of the same nature.

Keywords: Judicial recovery. Fragility. Incorporation. CADE. Theory Failing Company Defense.

²⁶⁰ Graduado em Direito pelo Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS (2016). Pós graduado em Direito Empresarial pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR (2018). Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. É membro da Comissão de Estudo e Defesa da Concorrência da OAB/CE, bem como da Comissão de Estudos de Empresa e Societário, também da OAB/CE..

²⁶¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC (2017). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2010). Professor dos cursos de Direito da Universidade de Fortaleza e do Centro Universitário Estácio do Ceará. Sócio do Conselho Nacional de Pesquisa Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Presidente da Comissão de Estudo e Defesa da Concorrência da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Ceará - OAB/CE. Parecerista da Revista Pensar. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico, atuando principalmente nos seguintes temas: Análise econômica do Direito, Direito da Concorrência, Direito do Consumidor, Direito Industrial, Direito Empresarial, Políticas Públicas, Direito Processual Civil, Prática Cível e Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os fundamentos da recuperação judicial e os princípios da preservação da empresa e da livre concorrência; 3. Teoria Failing Company Defense e sua aplicabilidade; 4. O posicionamento firmado pelo conselho administrativo de defesa econômica – casos práticos; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Função Social²⁶² exercida pelas mais diversas empresas trazem consigo grandes impactos para toda a sociedade: geração de empregos, renda, produção, fortalecimento de setores, além do desenvolvimento da economia local.

Dessa forma, preservá-las em momentos de dificuldades torna-se de extrema valia para o bem-estar social/local, além da economia como um todo. Ocorre que, em tais momentos de crises, traduzidos no âmbito jurídico empresarial pelos institutos da Recuperação Judicial e da Falência (Lei nº 11.101/2005), as empresas tornam-se mais fragilizadas, facilitando a aquisição destas por outras concorrentes.

Verifica-se que tal ação pode parecer, a priori, uma solução positiva para o soerguimento da empresa, pois passando seus passivos, bens e serviços àquela que pretende incorporar ou fundir, os seus problemas financeiros estariam solucionados. No entanto, o referido ato acaba gerando impacto em outro ponto, o mercado.

O ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei Antitruste (Lei nº 12.529/11) visa resguardar o desenvolvimento econômico, com a garantia da distribuição eficiente na economia brasileira, gerando diversos impactos positivos no âmbito mercadológico, sobretudo em combate ao controle de mercado.

Para tanto, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é a Autarquia Federal criada para “zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável,

²⁶² O Princípio da Função Social é tema bastante polêmico no âmbito doutrinário empresarial, tornando-se um conceito eivado de grande complexidades. Para o presente artigo, a Função Social da Empresa é justamente aquela estabelecida na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXIII, além do artigo 182,§2º, do mesmo Ordenamento. Nessa toada, a Função Social “é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. [...] É nessas hipóteses que se deve falar em função social ou coletiva. [...] em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando atais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos (COMPARATO, 1990, p. 65). Vale ressaltar que a função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos. (TOMASCEVICIUS FILHO, 2003, p. 40). Assim, é nítido que “função social não pode predominar sobre os direitos e interesses individuais, cabendo apenas conciliar os interesses da empresa com os da sociedade” (MAGALHÃES, 2009, p. 11).

no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar, mas também por decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial”²⁶³.

Com isso, a função do CADE em face de tais práticas é de extrema importância, pois tais transações podem resultar em um monopólio, gerando certos prejuízos à sociedade, sobretudo ao consumidor.

Em contrapartida, encontra-se uma empresa com grandes dificuldades financeiras e administrativas que podem resultar no seu pedido de falência. O que geraria perdas significativas no âmbito social econômico, ante o fechamento da empresa e a demissão em larga escala.

Tal situação ocorre não só Brasil, mas também nos mais diversos países, onde a disputa pelo mercado consumidor torna-se cada vez mais agressiva. Desta forma, a busca pela solução de tal impasse, sem comprometer a economia de mercado, vem desenvolvendo doutrinas e teorias, como a americana *Failing Company Defense*, aqui traduzida para “teoria da empresa em crise” ou “defesa da empresa em crise”, que vem ganhando força e espaço em meios aos julgados nacionais e estrangeiros.

Desta forma, utilizar-se-ão os diplomas legais, sobretudo a Lei nº 12.529/2011, denominada como Lei Antitruste, e a Lei nº 11.101/2005, conhecida como Lei de Recuperação Judicial e Falências, pois possuem normas que facilitarão o entendimento dos julgados promovidos pelo CADE e para a análise das doutrinas internacionais.

Assim, o presente artigo iniciará por meio dos fundamentos (Tópico 2) que regem uma Recuperação Judicial, fazendo uma análise em paralelo com os princípios norteadores da mesma e a questão econômica, por meio do princípio da Livre Concorrência.

Em um segundo momento (Tópico 3), abordar-se-á de forma mais direta a Teoria da *Failing Company Defense*, trazendo doutrinas e ordenamentos em que a mesma é aplicada. Além disso, traz-se a aplicabilidade da referida Teoria em outros países, como a Austrália e o Canadá, demonstrando os posicionamentos firmados em todas as jurisdições.

No Tópico 4, aborda-se a atuação do CADE juntamente aos processos de incorporação e fusão das empresas, de maneira a verificar o entendimento firmado pelo Órgão, por meio de *cases* que ajudarão o leitor a compreender o posicionamento firmado pelo Conselho em face da Teoria mencionada.

²⁶³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

Por fim, conclui-se (Tópico 5) em defesa da utilização da Teoria *Failing Company Defense*, como sendo o meio mais adequado para situações de difícil recuperação econômica, financeira e administrativa das empresas em graves insolvências, preservando a empresa em detrimento da Livre Concorrência.

2. OS FUNDAMENTOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OS PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

Em tempos de crises, as dificuldades financeiras e econômicas de algumas empresas podem vir a levá-las a passarem por momentos tenebrosos, de maneira tal que a utilização de recursos jurídicos, tais como a Recuperação Judicial e a própria Falência, são os meios disponibilizados para a sobrevivência empresarial.

Para isso, alguns requisitos merecem ser preenchidos, conforme o artigo 48, da Lei 11.101/2005, tais como não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial, nem há menos de 8 (oito) anos, obtido com base no plano especial; além de não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Denota-se que a característica em comum às empresas denominadas Recuperandas (Aqueles que se submetem ao processo de Recuperação Judicial) é justamente a insolvência (“crise financeira, a crise econômica e a crise patrimonial”²⁶⁴), o que dificulta o seu soerguimento:

Insolvência deve ser aqui entendida como a consequência da crise econômico-financeira da empresa que não lhe permite quitar as obrigações existentes e que, portanto, afeta de maneira grave seu equilíbrio financeiro, ou seja, “a sua capacidade de pagar os compromissos nas datas dos respectivos vencimentos” (SOBRAL; PECCI, 2008, p. 382).²⁶⁵

²⁶⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Pg. 22-24.

²⁶⁵ JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de Oliveira. **A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da *failing firm* no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, p. 121.

Assim, diante da incapacidade empresarial em cumprir suas obrigações, em especial, as obrigações financeiras, deve-se buscar medidas urgentes a fim de evitar uma futura falência e por conseguinte, o encerramento das atividades ali exercidas.

No entanto, antes de chegar ao ponto da insolvência completa, cabe à empresa a busca pela sua recuperação. Nesse sentido, urge o amparo estatal para a manutenção da empresa a fim de assegurar toda a função social exercida por ela:

Note-se que não se trata de preservar, a qualquer custo, toda sorte de empresas, mas de lutar pela manutenção daquelas que, apesar do estado de crise, mostrem-se viáveis economicamente e, conseqüentemente, capazes de representar benefícios à coletividade.²⁶⁶ (FERREIRA; SANCHES, 2014, [on line])

Com isso, a Recuperação Judicial torna-se uma via extremamente necessária e vital para o soerguimento e manutenção da empresa insolvente, pois devido à grande importância social exercida pela mesma, torna-se de extrema valia para o Estado a busca pela sua manutenção, sobretudo, para assegurar a preservação da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores:

“O giro dos negócios na sua complexidade (fornecedores, clientes, empregados etc.), mesmo perante as relações com não comerciantes, significa ligações, sobre as quais, dado um tropeço de qualquer relevo, podem resultar reações de cadeia que levem a uma desarmonia orgânica-funcional, com reflexos na economia em geral” (FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 6)²⁶⁷.

Desta forma, servindo como “uma tentativa de saneamento/ reorganização da empresa em crise, a fim de evitar o processo falimentar” (COELHO, 2008, p.381)²⁶⁸, a Lei de Recuperação Judicial e Falência²⁶⁹, norteadada pela preservação da mesma e prestigiando a ‘função social da empresa (unidade econômica básica da livre iniciativa, considerada um dos

²⁶⁶ FERREIRA, Jussara Suzi Borges Nasser; SANCHES, Renata Poloni. A preservação da empresa e a livre concorrência na Recuperação Judicial. **Publica Direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7fb15019103809d7>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

²⁶⁷ FRANCO, Vera Helena de Melo; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

²⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3. p. 381.

²⁶⁹ BRASIL. Lei nº 11.101 (2005). Brasília, DF, 09 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 01 dez. 2017.

pilares da economia), que representa uma fonte geradora de empregos e riquezas”. (DALSENTER, 2011, [on line])²⁷⁰ prevê o instituto da Recuperação Judicial:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Observa-se, portanto, que o artigo 47 encontra sua base em três grandes pilares principiológicos: “1. A preservação da empresa; 2. A proteção aos trabalhadores e 3. O interesse dos credores”²⁷¹.

No presente artigo, abordar-se-á apenas o Princípio da Preservação da Empresa e da Livre Concorrência, pois se analisará a teoria da *Failing Company Defense* e para tanto se faz de suma importância a análise desses dois princípios.

O Princípio da Preservação da Empresa é “um desses outros valores que devem ser considerados pelo direito da concorrência, sobretudo quando existir uma situação de grave crise que possa acarretar a saída do agente econômico do mercado”²⁷².

Nesse sentido, a busca para revitalizar e renascer uma empresa passa a ser o objetivo, com o intuito de assegurar a função social exercida:

O princípio da preservação da empresa, na verdade, representa uma das importantes consequências do princípio da função social da empresa, que é propiciar a manutenção da atividade empresarial como geradora de empregos, tributos e riquezas para a comunidade. O interesse social é fator imprescindível e pressuposto da formulação da preservação da empresa, por representar a gama de interesses que sobre a atividade empresarial se projetam (FRAZÃO, 2011, pp. 214-215)²⁷³.

²⁷⁰ DALSENTER, Thiago. Breves considerações acerca do princípio da preservação da empresa como limitação ao poder de tributar e seus reflexos na legislação tributária. **Migalhas**. Artigo publicado em 06/09/2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI140719,21048-Breves+consideracoes+acerca+do+princípio+da+preservacao+da+empresa>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

²⁷¹ ABUD, Hugo Martins. Os três princípios fundamentais da recuperação judicial. **Direito Net**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5882/Os-tres-principios-fundamentais-da-recuperacao-judicial>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

²⁷² JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de Oliveira. **A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da *failing firm* no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, p. 53.

²⁷³ [*Idem*], p. 57.

Com isso, a busca pela preservação da empresa surgiu, sobretudo, com a Constituição Federal de 1988 em que trouxe à tona “uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano”.

Diante disso, desenvolveu-se o princípio da Livre Iniciativa como forma de “construir uma sociedade aberta, justa e solidária”²⁷⁴ (CRETELLA JUNIOR, 2001, p.248), promovendo a competição e a concorrência no cenário comercial, trazendo à tona um novo conceito de empresa, como sendo aquela com uma função social a desenvolver perante toda a coletividade, conforme a Carta Magna de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 5º 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:
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

Ocorre que essa concorrência deveria ser regulada e, assim, por meio do Princípio da Livre Concorrência e da legislação Antitruste (Lei nº 12.529/11), desenvolveu-se o estudo e a análise regulatória no âmbito concorrencial²⁷⁵.

Assim, visando à correção e a prevenção de excessos do poder econômico a fim de atingir o livre mercado “a repressão ao abuso de poder [...] mostrou-se necessária não como algo contraposto ao liberalismo econômico, mas sim como uma forma de preservá-lo”²⁷⁶ (FRAZÃO, 2006, p. 304).

²⁷⁴ CRETELLA JUNIOR, José. **Elementos de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001, p. 248.

²⁷⁵ Na Constituição de 1934, fala-se, pela primeira vez, em liberdade econômica em seu art. 115, que assim previa: “*A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica*” (BRASIL, 1934). Após, pouco se desenvolveu sobre a matéria passando a voltar à tona com a Constituição de 1988, em seu artigo 173, §4º: “*reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*” (BRASIL, 1988)

²⁷⁶ FRAZÃO, Ana. **Propriedade e empresa -função social e abuso de poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

A proteção à concorrência, tende a ser a forma na qual é conciliada a liberdade econômica individual e o interesse público, uma vez que, ao se preservar a competição dos agentes econômicos, coíbem-se determinadas práticas prejudiciais à coletividade, tais como os cartéis, e estimulam-se outras importantes para a economia, tais como preços inferiores ao de monopólio, melhoria na qualidade dos produtos e maior nível de atividade econômica ²⁷⁷(FORGIONI, 2012, pp. 58-59).

Assim, a busca pela Livre Concorrência passou a ter alta relevância, sobretudo por proteger o maior interessado, qual seja, o consumidor, impedindo o enriquecimento ilícito de certas empresas por meio de práticas desleais e anti concorrenciais:

“As preocupações, tais como as de proteger os consumidores de transferências de riqueza (causada por práticas eficientes ou ineficientes), e até mesmo mais profanas, como proteger outros grupos de interesse que o Congresso estava determinado a proteger, simplesmente não podem ser ignoradas. Se forem, então não estamos vivendo em uma sociedade democrática” (HOVENKAMP, 2011, p. 77, tradução nossa)²⁷⁸.

Desta forma, recuperar a empresa antes que a mesma tenha decretada a sua falência, tornou-se um norte para o Direito Empresarial, sobretudo pela importância social conferida à mesma.

No mesmo sentido, Mario Ghidini²⁷⁹: “a empresa é um organismo produtivo de fundamental importância social; essa deve ser salvaguardada e defendida, enquanto: constitui o único instrumento de produção de (efetiva) riqueza; constitui o instrumento fundamental de ocupação e de distribuição de riqueza; constitui um centro de propulsão do progresso, também cultural, da sociedade”.

No entanto, o processo de Recuperação Judicial também pode revelar certa fragilidade da empresa Recuperanda que, guiada por enormes passivos e poucas quantidades de bens e serviços, pode ceder à incorporação ou fusão de outras empresas em melhores condições financeiras.

Chega-se, portanto, ao problema central deste artigo, pois diante de tal situação, empresas concorrentes podem vir a adquirir tais empresas fragilizadas e, assim, controlarem o mercado

²⁷⁷ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

²⁷⁸ HOVENKAMP, Herbert. The reckoning of post-Chicago antitrust. In: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; DEN BERGH, Roger Van (Org.). **Post-Chicago developments in antitrust law**. Estados Unidos: Edward Elgar, 2002, pp. 01 –33.

²⁷⁹ *apud* Perin Jr, Ecio. Preservação da Empresa na lei de Falências. Saraiva, 2009, p. 34

econômico, colocando em risco um dos princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, qual seja, a Livre Concorrência:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]
IV - livre concorrência; [...]

Assim, para evitar uma prevalência de uma empresa sobre a outra, o princípio da Livre Concorrência fora instituído de maneira que possa “manter condições propícias à atuação dos agentes econômicos, de um lado, e beneficiando os consumidores, de outro” (GABAN; DOMINGUES, 2012, p.53/54)²⁸⁰.

Soma-se a isso, a necessidade de “haver certas restrições impostas pelo Estado, inclusive para que se mantenha a lealdade empresarial sob pena de caracterização da concorrência desleal ou de infração à ordem econômica.” (FERREIRA, 2017, [on line])²⁸¹

Dessa forma, atos de concentração empresarial como as fusões e incorporações apesar de trazerem inúmeros benefícios para a empresa em Recuperação, também podem estar ofuscando uma tentativa de concentração mercadológica, convergindo para a formação dos monopólios, o que de imediato deve ser combatido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Saliente-se que a própria Lei de Falência e Recuperação de Empresas autoriza a prática de atos de concentração como mecanismo de recuperação da empresa²⁸², na medida em que o legislador parece querer prestigiar a continuidade da atividade empresarial, em prol do princípio da preservação da empresa, ainda que seja de modo indireto, via ato de concentração.

Os atos de concentração de empresas que se enquadram nos requisitos da lei de defesa da concorrência²⁸³ precisam da prévia apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que verificará os possíveis impactos negativos e positivos do ponto de vista

²⁸⁰ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁸¹ FERREIRA, Jussara Suzi Borges Nasser; SANCHES, Renata Poloni. A preservação da empresa e a livre concorrência na Recuperação Judicial. **Publica Direito**. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7fb15019103809d7>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

²⁸² Nesse sentido o art. 50, II da Lei 11.101/2005.

²⁸³ Nos termos do art. 88 da Lei 12.529/11 e da portaria conjunta 994 de 2012 o ato de concentração deverá ser obrigatoriamente submetido ao órgão sempre que pelo menos uma empresa envolvida na operação tenha faturamento bruto anual ou volume de negócios total no ano anterior a operação igual ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais), e, pelo menos outra, faturamento ou volume de negócios igual ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).

concorrencial para aquele ato específico. Dentre diversos elementos, um dos mais importantes e recorrentemente analisados pelo órgão é a existência de barreiras a entrada²⁸⁴ no mercado específico vez que a partir da lógica da Livre Iniciativa prevista na Ordem Econômica Constitucional é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica.

Quanto maiores as barreiras, em regra, pior será para um mercado em que o ato de concentração se perfaça, enquanto que quanto menores forem as barreiras, maior a facilidade de o mercado se readaptar do ponto de vista concorrencial àquela medida concentradora, sendo mais difícil, portanto, a formação de monopólios ou altas concentrações de poder de mercado.

Nos tópicos a seguir tratar-se-á em específico da teoria do *Failing Company Defense* e como tal aspecto tem sido aplicado no Brasil quando da análise de atos de concentração pelo CADE.

3. TEORIA FAILING COMPANY DEFENSE E SUA APLICABILIDADE.

Surgida, sobretudo, nos Estados Unidos da América²⁸⁵, a Teoria *Failing Company Defense* vem adquirindo espaço no âmbito administrativo concorrencial brasileiro, surgindo como uma solução em face dos atos de concentração horizontal, em especial, quando há a existência de empresas em dificuldade financeiras buscando sua reestruturação.

Assim, urge como uma “forma de proteção às firmas insolventes ao aprovar sua fusão, aquisição ou incorporação por empresas mais fortes do mesmo mercado”²⁸⁶, pois tendo em vista a dificuldade pela qual se encontra a empresa insolvente, o seu destino futuro provavelmente seria uma decretação da falência, o que poderia gerar inúmeros prejuízos nos

²⁸⁴ Para fins antitruste, barreiras à entrada é um fator no mercado que permite empresas que já estão no mercado ganhar lucros monopolistas, enquanto desestimula empresas de fora a entrar no negócio. Mais formalmente, barreiras à entrada medem a medida que, a longo prazo, as empresas já estabelecidas podem elevar seus preços de venda acima dos custos médios mínimos de produção e distribuição” sem induzir entrantes potenciais a entrar no setor. Entre economistas não tem sido unânime a aceitação da definição de barreiras à entrada acima exposta, a qual as vezes é chamada Bainian nomeada em homenagem ao economista Joe S. Bain que a desenvolveu. Muitos preferem a definição Stiglerian de que barreiras à entrada são custos que um concorrente em potencial deve incorrer na entrada ou após a entrada, que aqueles que já estavam no mercado não tiveram que incorrer no momento que entraram. Mais tecnicamente, uma barreira à entrada sob esta definição é um custo de produção (em algumas ou todas as taxas de produção) que deve ser suportado por uma empresa que visa entrar em uma indústria, mas não pode ser suportada por empresas pertencem a essa indústria. (HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**. St. Paul: THOMSON, 2005. P. 39-40)

²⁸⁵ CRAVO, Daniela Copetti. Aplicação da teoria da failing company defense nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial: atribuição do CADE ou competência exclusiva do juízo falimentar?. *Lex Magister*. Disponível em: <http://lex.com.br/doutrina_23129121_aplicacao_da_teorias_da_failing_company_defense_nos_atos_de_concentracao_decorrentes_da_recuperacao_judicial_atribuicao_do_cade_ou_competencia_exclusiva_do_juizo_falimentar.aspx>. Acesso em 05 de jan. 2018.

²⁸⁶ FERNANDES, Roberta Figueira. **Failing firm defense: utopia, teoria ou tese aplicável na análise antitruste brasileira?** Monografia premiada 3º lugar VIII Prêmio SEAE. Publicada em 2013. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2013/viii-premio-seae-2013/Tema%201%20-%203o%20Lug%20-%20Roberta%20.%20Fernandes%20-%2020033.pdf>>. Acesso em 02 de jan. 2018.

mais diversos setores, em especial, o social e o econômico.

No entanto, a concentração de mercado por uma única empresa é justamente um ponto de alerta emitido pelas Autoridades Administrativas Concorrenciais, tendo em vista o impacto mercadológico gerado pela mesma.

Nesse sentido, a Teoria em debate vem sendo cada vez mais analisada não só no âmbito nacional, mas também em caráter internacional²⁸⁷, promovendo assim a difusão da mesma perante a doutrina concorrencial, influenciando os julgados do Conselho Administrativo.

Para tanto, utilizar-se-á de ponto de partida a influência americana, por meio de seu *Horizontal Merger Guidelines*²⁸⁸ do *Justice Department* e da *Federal Trade Commission* dos EUA, de 1997, em que trazia quatro requisitos para a aprovação da Teoria, em si (tradução nossa):

- a) A firma a ser adquirida está impossibilitada de cumprir com suas obrigações financeiras em um futuro próximo.
- b) A firma deve ser incapaz de se reorganizar por meio de falência ou recuperação de empresa;
- c) A firma deve empreender esforços de boa-fé para obter ofertas alternativas razoáveis que mantivessem os ativos tangíveis e intangíveis no mercado relevante e que oferecessem menos danos à competição do que o ato de concentração;
- d) Deve-se comprovar que, no caso de não ocorrência da fusão notificada, os ativos da firma sairão do mercado, prejudicando os consumidores.

Todavia, tal entendimento sofreu certa modificação em 2010²⁸⁹ indicando apenas três requisitos para que uma empresa pudesse se enquadrar na teoria em questão (tradução nossa):

- a) A firma a ser adquirida está impossibilitada de cumprir com suas obrigações financeiras em um futuro próximo.
- b) A firma deve ser incapaz de se reorganizar por meio de falência ou recuperação de empresa;
- c) A firma deve empreender esforços de boa-fé para obter ofertas alternativas razoáveis que mantivessem os ativos tangíveis e intangíveis no mercado relevante e que oferecessem menos danos à competição do que o ato de concentração.

Desta forma observa-se que a “*A failing firm* adota como pressuposto que a firma enfrente

²⁸⁷ LOW, Richard E. **The Failing Company Doctrine Revisited**, *Fordham Law Review*. Vol. 38, pp. 23. 1969.

²⁸⁸ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal Merger Guidelines*. Revised April 8, 1997, p. 33).

²⁸⁹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal Merger Guidelines*. Issued in August 19, 2010, p. 35

uma crise financeira ou patrimonial, ou seja, que apresente uma insolvência econômica ou uma crise de liquidez”²⁹⁰.

Sendo assim, aquela empresa que possui passivos já em estado de insolvência seria autorizada pelos órgão de defesa da Concorrência a serem adquiridas ou incorporadas por outras, mesmo que houvesse um certo controle mercadológico, visando não apenas a eficiência do procedimento, mas sim os outros fins como os empregos, os direitos dos acionistas e dos credores.

Enfim, existe um claro ganho líquido de eficiência caso se compare a concentração à sua alternativa, a pura e simples saída da empresa do mercado. A razão para isso é simples. Comparada à sua alternativa, a concentração é eficiente e benéfica ao consumidor. Se é verdade que a concentração implica aumento do poder no mercado, ela proporciona eficiência decorrente dos ganhos de escala produtiva. Já a saída da empresa do mercado proporciona às empresas remanescentes o mesmo aumento do poder no mercado (seu poder aumenta, ao menos em um primeiro momento, na mesma proporção em que o volume de produção diminui) A concentração é, portanto, necessária e suficiente para o alcance dos objetivos visados, cumprindo-se os requisitos do art. 54, §1º, da lei concorrencial.²⁹¹

Denota-se que a referida teoria possui fundamento no estado de falência da empresa, permitindo a aprovação de fusões, que seriam ordinariamente consideradas ilegais, quando comprovado serem os efeitos decorrentes da falência da empresa mais negativos à sociedade do que aqueles advindos de uma concentração de mercado.

Tratado de maneira pioneira no *International Shoe Company Case*²⁹², de 1930, a teoria em questão foi incorporada aos guias de análise, prevendo-se os requisitos já expostos anteriormente.

A partir de então, a defesa foi adotada por diversas outras jurisdições, tratando-se de conceito bastante difundido no direito concorrencial internacional. Exemplo disso, é a utilização do *The Merger Enforcement Guideline*, no Canadá e o *Guia Concorrencial da Comunidade Europeia*.

²⁹⁰ FERNANDES, Roberta Figueira. **Failing firm defense: utopia, teoria ou tese aplicável na análise antitruste brasileira?** Monografia premiada 3º lugar VIII Prêmio SEAE. Publicada em 2013. Disponível em: < <http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-anteriores/edicao-2013/viii-premio-seae-2013/Tema%201%20-%203o%20Lug%20-%20Roberta%20R.%20Fernandes%20-%2020033.pdf> >. Acesso em 02 de jan. 2018.

²⁹¹ FILHO, Calixto Salomão. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2007.

²⁹² JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de Oliveira. **A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da failing firm no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, p. 53.

Desta forma, sendo objetivo do direito antitruste a maximização do bem-estar, é inevitável fazer-se a ponderação entre as perdas sociais decorrentes da concentração econômica e os benefícios sociais proporcionados ao se evitar a destruição de riquezas (ativos tangíveis e intangíveis que se perderiam com a falência)

Com isso a *Failing Company Defense* surge como uma maneira de se “evitar os substanciais custos de transação que a falência de uma empresa envolve”²⁹³, pois os trabalhadores são demitidos, os credores ficam a receber, além dos clientes e fornecedores que quebram um laço de confiança existente entre eles e a insolvente.

Logo, nesse sentido, a Teoria privilegia o princípio do bem estar social em conjunto com o princípio da preservação da empresa em face do princípio da livre concorrência, pois diante de um cenário de extrema dificuldade de soerguimento empresarial, a *Failing Firm* apoia a incorporação ou a fusão daquela empresa, mesmo ocasionando certos prejuízos mercadológicos, protegendo os trabalhadores, os credores e todas as relações jurídicas envolvidas junto àquela Recuperanda.

4. O POSICIONAMENTO FIRMADO PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CASOS PRÁTICOS.

De extrema importância para a análise do presente artigo, o estudo de casos práticos revela o entendimento firmado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em face de situações em que se confrontam incorporações de empresas em situações de Recuperação Judicial ou em Falência, e a análise de mercado.

Conforme já debatido anteriormente, alguns princípios merecem ser levados em consideração para quaisquer julgados da Autarquia, pois, albergados pela Constituição Federal de 1988, norteiam o mercado comercial brasileiro, bem como a sobrevivência e a preservação das empresas.

Para isso, traz-se à tona um primeiro caso acerca do tema aqui já exposto, em que figuraram nos polos as empresas *Matlinpatterson Global Opportunities Partners* e *NRG*. *In casu*, observa-se pela decisão promulgada pelo CADE que a operação não resultaria em

²⁹³CRAVO, Daniela Copetti. Aplicação da teoria da failing company defense nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial: atribuição do cade ou competência exclusiva do juízo falimentar?. **Lex Magister**. Disponível: <http://lex.com.br/doutrina_23129121_aplicacao_da_teor_da_failing_company_defense_nos_atos_de_concentracao_decorrentes_da_recuperacao_judicial_atribuicao_do_cade_ou_competencia_exclusiva_do_juizo_falimentar.aspx>. Acesso em 05 de jan. 2018.

concentração²⁹⁴ de mercado e, por conseguinte, não violaria a legislação concorrencial. Abordaram-se os conceitos de integração vertical²⁹⁵ e concentração horizontal²⁹⁶, como pontos relevantes para a concessão da incorporação suscitada (Processo 08012.009708/2003-50):

De acordo com os pareceres da Procuradoria Geral do CADE e do Ministério Público Federal, ambos em consonância com os pareceres técnicos da SEAE/MF e SDE/MJ, a operação não é passível de provocar dano ao mercado nacional e não resulta em concentração, tendo em vista que não existe integração vertical ou concentração horizontal, inviabilizando, assim, o exercício de poder de mercado. Ou seja, existem condições favoráveis a realização desta operação. Em seu parecer técnico, a SEAE/MF afirma que o ato de concentração em tela é resultado direto de um processo de falência na qual a Matlinpatterson é credora da NRG e que, após a operação, o grupo passará a deter 21,5% das ações com direito a voto da NRG.

Em particular, destaca-se que a decisão foi prolatada com origem em sentença norte-americana, em função da iminência do processo de falência por parte da NRG, empresa que se encontrava em Recuperação Judicial, demonstrando uma aceitação pelo Conselho do entendimento firmado pela doutrina estrangeira.

Outrossim, é interessante observar a atuação da empresa *Matlinpatterson Global Opportunities Partners*, empresa essa especialista em adquirir participações acionárias de outras empresas que se encontram em dificuldades financeiras, para depois revendê-las. Desta forma, ela capitaliza essas empresas, com base nas experiências de seus profissionais, no processo de reestruturação, para depois vir a negociá-las.

Observa-se, ainda, que os princípios trazidos neste artigo não foram levados em consideração, haja vista, não haver sequer qualquer ameaça à ordem concorrencial pelo fato da dificuldade financeira vivenciada pela empresa NRG.

Outro caso interessante, em que fora julgado procedente o pedido de incorporação, foi a questão das empresas Votorantim Metais Zinco S/A e Massa Falida de Mineração Areense S/A. Nessa incorporação, vale trazer à tona a discussão que existiu acerca da aplicabilidade da Teoria *Failing Company Defense* (Processo 08012.014340/2007-75):

²⁹⁴ O processo de extinção de uma ou algumas empresas, com o surgimento de uma nova sociedade ou a permanência de apenas uma delas, insere-se no fenômeno da concentração de empresas.

²⁹⁵ No momento em que uma indústria concentra todas as fases da produção de uma matéria-prima, da extração até a colocação do produto final no mercado, trata-se de uma concentração vertical.

²⁹⁶ A concentração horizontal ocorre pela fusão ou absorção de empresas que trabalham com o mesmo tipo de produção industrial.

O caso sob análise, todavia, merece a aprovação deste Conselho, pois se enquadra na teoria da "failing company". A teoria da "Failing Company Defense" foi desenvolvida no direito norte americano com o intuito de evitar que ativos produtivos fossem desperdiçados e perdidos. Isto porque, diante de uma situação em que uma empresa está falida ou reconhecidamente insolvente, permite-se que outra empresa adquira os ativos mesmo que se tenha como resultado uma expressiva concentração. Nota-se claramente que a referida teoria não visa primordialmente a eficiência, mas sim os outros fins, quais sejam, os empregos, os direitos dos acionistas e dos credores. Desse modo, por meio da alegação da "**failing company defense**", **faz-se possível, sob uma análise de ponderação, admitir-se uma operação que, à primeira vista, não seria admissível dentro padrões normais que guiam as análises de concentrações.** (Grifo nosso)

Nessa situação, cabe trazer à tona alguns pontos. Primeiramente, tratava-se de empresa já declarada falida (Proc. 0710.01.000578-7, julgado no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 1999), ou seja, não exercia mais qualquer atividade econômica.

O segundo ponto é acerca da utilização da Teoria *Failing Company Defense*. No processo analisado, foram trazidos como requisitos para a aplicação da mesma, quatro itens:

a) a empresa alegadamente insolvente não seria capaz de honrar seus compromissos financeiros no futuro próximo; b) que a empresa não tinha condições de se reorganizar com sucesso de acordo com as normas da Lei de Falências norte-americana; c) que a empresa teria feito, de boa-fé, esforços mal sucedidos para viabilizar ofertas alternativas razoáveis para a aquisição de seus ativos tangíveis e intangíveis; d) que inexistindo o ato de concentração, os ativos da empresa deixem o mercado relevante.

Assim, analisadas as documentações, entendeu a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE que a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte das Requerentes era baixa, dada as condições de entrada no mercado, a rivalidade entre os participantes e a possibilidade de importação. Além disso, a Secretaria entendeu que havia forte poder de barganha das siderúrgicas, setor que mais absorve o zinco como matéria-prima.

Nesse sentido, somado ao fato de se tratar de aquisição de direitos minerários de uma empresa já em fase de liquidação (Teoria da *Failing Company*), não houve outro entendimento do Órgão, senão a concessão da incorporação almejada.

Denota-se pelo julgado exposto que o Conselho Administrativo ainda resiste quanto à aplicabilidade da Teoria em si, sendo aplicada apenas em casos de específicos em que os

requisitos utilizados pela doutrina estrangeira encontram-se totalmente preenchidos.

Por fim, o Processo nº 08012.000304/1998-81 já traz um julgado contrário à Teoria em comento:

Como se observa, não há nos autos elementos que comprovem a existência dos requisitos exigidos para a aplicação da failing company defense. Os demonstrativos contábeis da Rossi (fls. 607/610) não conduzem à conclusão do estado falimentar da empresa, nem há comprovação de que os ativos da Rossi inevitavelmente sairiam do mercado, caso não houvesse o ato de concentração. A propósito, convém salientar que a Rossi continua explorando a atividade econômica, embora não mais atue no mercado de armas curtas. Diante dos fundamentos aduzidos, é impossível concluir, neste momento, que a concentração não provocou alterações de mercado, fazendo-se necessário prosseguir com o exame das demais etapas do Guia de Análise da SEAE/SDE, inclusive com o estudo acerca das eficiências líquidas decorrentes aquisição societária. Desta feita, caso ausentes as justificativas que porventura legitimem o poder de mercado adquirido pela Taurus, esta Procuradoria não enxerga possibilidade de aprovar a operação. (Grifo nosso)

Conclui-se pela importância da análise contábil das empresas submetidas aos processos de incorporação e fusão, pois têm que demonstrar eficazmente ao Conselho, o seu estado falimentar, ou de difícil Recuperação, além da comprovação de que os ativos sairiam de mercado, caso não houvesse o ato de Concentração.

Assim sendo, torna-se de extrema importância a análise e o debate acerca da Teoria *Failing Company Defense*, por meio de julgados e aporte doutrinários, a fim de compreendê-la e aplicá-la perante situações de extrema fragilidade da empresa em recuperação, pois, conforme se observa, a mesma se mostra como uma forma viável de preservação empresarial.

5. CONCLUSÃO

Diante do artigo desenvolvido, observa-se que a busca pela Preservação da empresa, simbolizada pelo artigo 47, da Lei 11.101/2005, é um importante meio para efetivação da ordem econômica e social prevista na Constituição, tendo em vista a relevância das atividades geradas em relação aos trabalhadores, aos sócios, aos consumidores, aos fornecedores, enfim, a todos aqueles envolvidos na atividade empresarial.

Outrossim, observa-se também que com as dificuldades e fragilidades expostas por aquelas empresas em Recuperação Judicial (Recuperandas), a sua aquisição, por meio de

incorporações e fusões por outras empresas do mesmo mercado, sobretudo suas concorrentes, pode gerar uma monopolização mercadológica o que geraria um impacto sobre o Princípio da Livre Concorrência, sobretudo em mercados de forte barreiras à entrada para novos concorrentes.

Desta forma, observou-se o papel exercido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no intuito de impedir e até mesmo coibir certas práticas de concentrações econômicas (horizontal e vertical), como meio de defesa da Livre Concorrência.

Assim, em meio a esse cenário, urge a *Teoria da Failing Company Defense* como forma de preservar aquela empresa que não possui mais condições de cumprir com as suas obrigações financeiras, sendo incapaz de se organizar por meio da Recuperação Judicial e pela Falência. Além disso, a Teoria possui um viés social, numa busca pela preservação dos postos de trabalhos, dos valores devidos aos credores daquela Recuperanda e, principalmente, preservar todas as relações jurídicas envolvidas junto àquela empresa em dificuldade.

Constata-se, ainda, que a referida doutrina possui tímido desenvolvimento no âmbito nacional, sendo necessária a busca por fontes estrangeiras, em especial, a norte americana, por meio de seu *Horizontal Merger Guidelines*.

Vale ressaltar que o Guia – Análise de Atos de Concentração Horizontal (2016) trouxe à tona pela primeira vez a previsão de aplicabilidade pelo Órgão da Teoria em estudo.

Sob forte influência norte-americana, ficou estabelecido a obrigatoriedade do preenchimento dos requisitos de efeitos líquidos não-negativos, ou seja, deve-se demonstrar que os efeitos antitrustes decorrentes da reprovação da operação seriam piores do que a concentração gerada pela operação.

Assim, mostrou-se relevante a inserção de novos entendimentos e até mesmo normatizações no presente Artigo, a fim de suprir a ausência no ordenamento jurídico brasileiro da referida Teoria o que poderia contribuir para o desenvolvimento econômico de empresas em dificuldades de reestruturação.

Por fim, observou-se que a aplicação da *failing firm* não afetaria a concorrência estabelecida no Art. 88, da Lei 12.529/2011, pois resguardados estariam os princípios da Livre Concorrência e da Preservação da Empresa.

Cabe ressaltar que compete ao CADE decidir acerca da aprovação dos atos de concentração econômica para a melhor sobrevivência mercadológica concorrencial, daí a motivação do presente artigo, trazendo julgados e posicionamentos do próprio Conselho e

abordando uma Teoria que vem sendo aplicada, sobretudo nos EUA e Europa²⁹⁷ e que contribuiria para a resolução de casos similares, preservando a empresa e a sua função social.

²⁹⁷ JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de Oliveira. **A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da *failing firm* no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, p. 148.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABUD, Hugo Martins. Os três princípios fundamentais da recuperação judicial. Direito Net. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5882/Os-tres-principios-fundamentais-da-recuperacao-judicial>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

apud Perin Jr, Ecio. Preservação da Empresa na lei de Falências. Saraiva, 2009, p. 34.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo n.º 08012.009708/2003-50. Disponível em:<www.cade.com.br>. Acesso em: 3 dez. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo n.º 08012.014340/2007-75. Disponível em:<www.cade.com.br>. Acesso em: 3 dez. 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo n.º 08012.000304/1998-81. Disponível em:<www.cade.com.br>. Acesso em: 3 dez. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. Pg. 22/24.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3. p. 381.

COMPARATO, Fabio Konder. Estado, Empresa e Função Social. São Paulo: RT, 1996. p. 38-46.

CRAVO, Daniela Copetti. Aplicação da teoria da failing company defense nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial: atribuição do cade ou competência exclusiva do juízo falimentar?. Lex Magister. Disponível: <http://lex.com.br/doutrina_23129121_aplicacao_da_teor_da_failing_company_defense_nos_atos_de_concentracao_decorrentes_da_recuperacao_judicial_atribuicao_do_cade_ou_competencia_exclusiva_do_juizo_falimentar.aspx>. Acesso em 05 de jan. 2018.

CRETELLA JUNIOR, José. Elementos de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001, p. 248.

DALSENTER, Thiago. Breves considerações acerca do princípio da preservação da empresa como limitação ao poder de tributar e seus reflexos na legislação tributária. Migalhas. Artigo publicado em 06/09/2011. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI140719,21048-Breves+consideracoes+acerca+do+principio+da+preservacao+da+empresa>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

FERNANDES, Roberta Figueira. Failing firm defense: utopia, teoria ou tese aplicável na análise antitruste brasileira? Monografia premiada 3º lugar VIII Prêmio SEAE.Publicada em

2013. Disponível em: < <http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2013/viii-premio-seae-2013/Tema%201%20-%203o%20Lug%20-%20Roberta%20R.%20Fernandes%20-%20033.pdf>>. Acesso em 02 de jan. 2018.

FERREIRA, Jussara Suzi Borges Nasser; SANCHES, Renata Poloni. A preservação da empresa e a livre concorrência na Recuperação Judicial. *Publica Direito*. Disponível em:< <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7fb15019103809d7>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 1998.

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

FRANCO, Vera Helena de Melo; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FRAZÃO, Ana. *Propriedade e empresa -função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**. St. Paul: THOMSON, 2005

HOVENKAMP, Herbert. The reckoning of post-Chicago antitrust. In: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; DEN BERGH, Roger Van (Org.). *Post-Chicago developments in antitrust law*. Estados Unidos: Edward Elgar, 2002, pp. 01 –33.

JÚNIOR, Fernando Antônio Alves de Oliveira. *A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da failing firm no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, p. 121.

LOW, Richard E. *The Failing Company Doctrine Revisited*, *Fordham Law Review*. Vol. 38, pp. 23. 1969.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *A função social da empresa*. *Revista Magister de Direito Empresarial*, Porto Alegre, ano 5, n. 28, p. 5-12, 2009.

TOMASCEVICIUS FILHO, Eduardo. *A Função social da empresa*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 92, p. 33-50, abr. 2003.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal Merger Guidelines*. Revised April 8, 1997.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal Merger*

Guidelines. Issued in August 19, 2010.

A Responsabilidade Solidária entre Sociedades Empresárias de um mesmo Grupo Econômico por Infrações ao Direito da Concorrência

Renan Cruvinel de Oliveira²⁹⁸

RESUMO

Uma série de alterações na configuração dos mercados tem dado origem a questionamentos ainda não respondidos de modo definitivo pelo ordenamento jurídico. O conceito básico de autonomia da sociedade comercial tem dado espaço a elementos como controle, domínio e dependência inter-societária, bem como à ideia de sociedades empresárias que atuam em prol não apenas de seus próprios interesses, mas também daqueles preconizados pelo grupo a que pertencem ou de outras sociedades integrantes desse grupo. Assim, este artigo tem o objetivo de fornecer elementos para o esclarecimento de questões problemáticas que possam surgir com a adoção dessas novas estruturas de organização, com foco no campo antitruste. Para isso, apresentará a definição dos grupos de sociedades no Brasil e as consequências dessa definição para o sistema regulatório brasileiro em matéria de responsabilidade intragrupal. Após, tratará da responsabilidade solidária entre sociedades empresárias de um mesmo grupo econômico por infrações antitruste.

Palavras-chave: sociedade empresária; grupo econômico; responsabilidade civil; solidariedade; direito antitruste; direito concorrencial.

ABSTRACT

A series of changes in the configuration of markets has given rise to questions still not properly answered by the legal order. The basic concept of company autonomy has given place to elements like control, dominium and inter-company dependency, as well as to the idea of companies that act in benefit not only of their own interests, but also of the interests of the group they belong to and of the other companies in that group. Therefore, this paper aims to provide elements to clarify issues that may rise with the adoption of these new forms of organization, focusing on the antitrust field. For that purpose, it will present the definition of economic groups in Brazil and the consequences of that definition for the Brazilian regulatory system, regarding intra-group responsibility. After that, it will address the joint liability, for antitrust infractions, between companies of the same economic group.

Keywords: business company; economic group; civil liability; joint liability; antitrust law; competition law.

Classificação JEL: K21; K40; K22

²⁹⁸ Formado em Direito pela Universidade de Brasília, com intercâmbio acadêmico na Universidade Autônoma de Barcelona, é pós-graduando em Advocacia Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Foi Assessor do Gabinete da Superintendência Geral e da Coordenadoria de Combate a Carteis Internacionais do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Após integrar as equipes dos escritórios Sergio Bermudes Advogados Associados e Trench Rossi e Watanabe Advogados, foi sócio do Schertel Ferreira Mendes Advogados e hoje advoga no Mudrovitsch Advogados.

Sumário: I. Introdução; II. Os Grupos econômicos; II.1. A arquitetura dos mercados e os grupos econômicos; II.2. Os grupos societários: considerações gerais; III. A responsabilidade solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico; III.1. A citação de empresas estrangeiras através de sua subsidiária brasileira no contexto de investigações conduzidas pelo CADE; III.2. Responsabilidade solidária entre sociedades de um mesmo grupo econômico para o pagamento de condenações impostas pelo CADE; III.3. A responsabilidade solidária por ilícitos concorrenciais; IV. Conclusão; V. Referências bibliográficas.

I. Introdução

Com o processo de integração econômica observado nas últimas décadas do século XX, as operações de fusão e aquisição entre empresas vêm crescendo em número e tamanho, num forte processo de reestruturação dos mercados. Essa reestruturação levou à superação do modelo tradicional da sociedade empresária isolada e ao surgimento dos grupos societários, expressão da globalização econômica e dos novos arranjos institucionais promovidos pelo desenvolvimento da economia.

Tal contexto fez com que surgissem diversas reformulações no campo jurídico, na tentativa de acompanhar as mudanças ocorridas no mercado. Dentre elas, está a atribuição de responsabilidade a uma pessoa jurídica pela prática de infração à ordem econômica por outra integrante de seu grupo econômico.

Nesse sentido, este artigo tem por objetivo tratar dos limites e das possibilidades da responsabilização solidária entre os elementos de um mesmo grupo econômico, especialmente no que tange aos chamados ilícitos antitruste. O objetivo é defender decisões que não só punam e ressarçam os danos de maneira adequada, mas que façam isso com base em critérios justos.

Em sua primeira parte (item II), este artigo apresentará uma definição dos grupos de sociedades no Brasil, expondo alguns conceitos que servirão para a compreensão da discussão travada. Já na segunda parte (item III), disporá sobre a maneira como a responsabilidade solidária tem sido abordada quando se trata dos grupos de sociedades, com foco na responsabilização por ilícitos antitruste, a fim de avaliar se tal entendimento está adequado à realidade econômica dos grupos de sociedades.

II. Os grupos econômicos

II.1. A arquitetura dos mercados e os grupos econômicos

A globalização da economia tem influenciado a maneira com que as empresas atuam para conquistar e dominar mercados. As novas tecnologias da informação e a velocidade com que o conhecimento passou a ser propagado possibilitaram a interconexão rápida de negócios e deram nova feição à arquitetura dos mercados.

Assim, para que as empresas obtenham o máximo de resultados com a aplicação das novas tecnologias, tanto no processo produtivo, quanto na interconexão das demandas e decisões, impôs-se a reestruturação organizacional. Uma organização global, ou de alguma forma vinculada a ações globais, teria de se estruturar de forma a garantir a eficácia de desempenho na interação do processo produtivo com o mercado de consumo. Para as organizações globais, a reestruturação foi um imperativo de produtividade e competitividade, de novas formas de gestão, de relações internas e externas, de eficiência e de minimização de custos.

A fim de eliminar incertezas e custos de transação²⁹⁹, como os relacionados aos preços e condições de fornecimento dos produtos, o empresário passa a organizar internamente as atividades necessárias à sua atividade empresarial (SALOMÃO FILHO, 2002)³⁰⁰.

Com o intuito de garantir a confiança na estrutura de custos, empresas adquirem seus fornecedores e passam a controlar seus preços. Essa explicação que a teoria dos custos de transação dá para as concentrações verticais, que identifica uma nova “eficiência” até então desconhecida – a diminuição dos custos de transação –, é fundamental também para se entender a formação dos grupos de sociedades.

A organização de sociedades controladas dentro de uma mesma estrutura leva, por vezes, à criação de uma direção geral encarregada da elaboração das estratégias comuns às integrantes dessa estrutura multidivisional e da alocação de recursos entre suas diversas unidades (PONDÉ, FAGUNDES, POSSAS, 1997)³⁰¹. Nessa perspectiva de análise, segundo Williamson, surgiriam firmas que operam com divisões e nas quais o escritório central está engajado na implementação de auditorias periódicas e monitoramento de decisões, bem como está ativamente envolvido no processo de alocação interna de recursos (WILLIAMSON,

²⁹⁹ Conforme define Calixto Salomão, os custos de transação são “aqueles custos necessários para realizar uma transação no mercado, ao invés de realizá-la no interior da empresa”. SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29.

³⁰⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

³⁰¹ PONDÉ, João Luiz, FAGUNDES, Jorge e POSSAS, Mario. Custos de Transação e Política de Defesa da Concorrência. Economia Contemporânea n. 2. Jul - Dez de 1997.

1985)³⁰².

Sobre o gerenciamento das atividades entre empresas, Williamson defende que certos grupos funcionariam como um mercado de capitais que aglutina os recursos dos diversos tipos de negócios do conglomerado, redistribuindo-os segundo as perspectivas de retorno³⁰³. Tal forma de organização gera eficiências que se expressam em economias de custos das transações, na medida em que: (i) economiza em racionalidade limitada; e (ii) cria salvaguardas no processo de alocação interna de recursos contra o risco de exercício de oportunismo. As oportunidades para a obtenção de tais economias repousam na existência de falhas no mercado de capitais, provocadas pela limitada capacidade de processamento de informações e de controle por parte dos agentes econômicos externos à firma, fato que restringe suas habilidades em analisar e selecionar as melhores aplicações possíveis (WILLIAMSON, 1985)³⁰⁴.

Assim, o conceito básico de autonomia da sociedade comercial tem dado espaço a elementos como o controle, o domínio e a dependência intra e inter-societária, bem como à ideia de sociedades empresárias que atuam em prol não apenas de seus próprios interesses, mas também daqueles preconizados pelo grupo a que pertencem. Sendo assim, é fundamental que seja dada especial atenção às características e definições desses grupos.

II.2. Os grupos societários: considerações gerais

Os grupos societários são definidos de diversas formas pela doutrina. Dentre os principais teóricos que buscaram dar um conceito adequado a esses grupos está Engrácia Antunes, que define os grupos de sociedades da seguinte maneira:

(...) o Grupo de Sociedades, unidade de acção económico-empresarial onde afirmam, simultaneamente, a manutenção da personalidade jurídica das empresas societárias

³⁰² WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism*. Nova Iorque, Estados Unidos da América: The Free Press, 1985.

³⁰³ *Como se describe más ampliamente en otra parte (Williamson, 1975, pp; 158-162), el conglomerado se entiende mejor como un producto lógico de la forma M de organización de los asuntos económicos complejos. Así pues, una vez reconocidos los méritos de la estructura de forma M para el manejo de líneas de productos separables, aunque relacionadas (por ejemplo, una serie de divisiones automotrices o una serie de divisiones químicas), resultaba natural su extensión al manejo de actividades menos estrechamente relacionadas. Eso no quiere decir que la administración de una diversidad de productos no tenga sus propios problemas. Pero la lógica básica de la forma M, donde se distinguen las decisiones estratégicas y operativas y se separan las responsabilidades, continuó aplicándose. Conviene considerar los conglomerados donde se respetan los principios de organización de la forma M como mercados de capital internos donde se concentran los flujos de efectivo provenientes de diversas fuentes y se dirigen hacia los usos de alto rendimiento.* (WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism*. Nova Iorque, Estados Unidos da América: The Free Press, 1985, pp. 291-292)

³⁰⁴ WILLIAMSON, op. cit.

componentes e a respectiva sujeição a uma autoridade econômica central e ao interesse econômico global do todo (ANTUNES, 2002, p. 22).³⁰⁵

Uma das classificações mais utilizadas dos grupos societários pelo regramento brasileiro subdivide os grupos em dois tipos fundamentais: os chamados grupos de direito (constituídos por meio de instrumento jurídico e regulamentados pela lei societária) e os de fato (aqueles constituídos por outros mecanismos não previstos em lei, mas que ensejam a unidade direcional das sociedades e sua dependência econômica). Tal divisão ocupa papel central na atribuição da responsabilidade solidária entre as empresas de um mesmo grupo, como será demonstrado adiante.

Um grupo de direito caracteriza-se, cumulativamente, pelas seguintes condições: (i) relação de subordinação entre as sociedades; (ii) celebração de uma convenção de grupo pela qual as sociedades se obrigam a combinar recursos e esforços ou a participar de atividades e/ou empreendimentos comuns; (iii) submissão a uma direção única exercida de modo permanente pela controladora (SILVA, 2014)³⁰⁶.

Os grupos de fato, por sua vez, foram identificados pelo legislador brasileiro pela existência de relação de controle. Isso porque, quando o legislador nacional tratou dos grupos de direito, previu que “a sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste capítulo, grupo de sociedades” (art. 265 da Lei 6.404/1976, Lei de Sociedades Anônimas - LSA). Tendo em vista tal definição, é importante esclarecer conceitos que tentam explicar o exercício do poder intra e inter-sociedades empresárias, propósito a que se dedicam, brevemente, os parágrafos a seguir.

A relação de controle existe quando uma sociedade é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores em outra sociedade - e usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia (art. 116 c/c 243, § 2º, da LSA)³⁰⁷.

Feitas tais considerações e voltando a tratar dos grupos societários, é necessário ressaltar

³⁰⁵ ANTUNES, José Engrácia. Os Grupos de Sociedades. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 22.

³⁰⁶ SILVA, Valesca Camargos. Grupos de Sociedades e Responsabilidade Intragrupal. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2014, p. 84.

³⁰⁷ Calixto Salomão Filho explica o controle da seguinte maneira: "A noção de controle para o direito concorrencial pode ser entendida como a influência dominante que um agente possui em relação às decisões de outro agente, as quais afetem sua conduta no mercado. Sob tal influência, os referidos agentes comportam-se uniformemente como um único ente econômico e temos, então, uma concentração econômica." (SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 89-90).

que não há um consenso entre os doutrinadores sobre o tema.

De toda sorte, as autoridades regulatórias, ao se pronunciarem a respeito da aplicação do conceito de grupo econômico, em especial, no âmbito da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)³⁰⁸, utilizaram conceito que tem como ponto central a capacidade de uma sociedade influenciar a atuação de outra no mercado.

Em voto proferido no Requerimento de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) proposto pela Unimed Araraquara³⁰⁹, o então Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo define o que se deve entender por grupo econômico e a importância da sua correta identificação para aplicação das sanções porventura impostas pelo Cade para coibir atos ilícitos praticados por sociedades empresárias integrantes de grupos.

Para tanto, ele parte da definição de grupo econômico adotada pelo Direito Societário e Trabalhista, especificando as particularidades de sua aplicação no âmbito do Direito Concorrencial. Em resumo, ele entende que para se configurar um grupo econômico no âmbito do Direito Antitruste é preciso que as entidades do grupo possuam personalidades jurídicas próprias e que haja entre elas certa conexão, ou seja, que elas ajam sob orientações gerais centrais capazes de influenciar significativamente a estratégia competitiva por elas adotada.

Conclui-se, portanto, que, sob a ótica do Direito da Concorrência, haverá configuração de grupo econômico quando duas ou mais sociedades atuarem sob direção comum ou quando existir, entre elas, relação capaz de comprometer sua imparcialidade em relação às demais sociedades-membro e que possa, assim, influenciar sua atuação no mercado.

Não obstante a dificuldade da doutrina e da jurisprudência em definir o que são os grupos de sociedade, as teorias a respeito desses grupos apontam para o estabelecimento da direção unitária como o elemento central de sua constituição. Para os fins deste artigo, adotar-se-á a definição de Engrácia Antunes, a qual relaciona de maneira intrínseca o grupo societário e a unidade de direção:

Não obstante cada uma das sociedades do grupo se mantenha formalmente como um ente jurídico distinto, que exerce idealmente a sua atividade econômico-empresarial

³⁰⁸ “O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529/2011. O Cade tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência.” (Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?b576b679878587a3b1>)

³⁰⁹ Requerimento nº 08700.005448/2010-14. Voto do Conselheiro-relator. 14 de dezembro de 2011. Apesar de o conceito de grupo econômico também ter sido discutido pelo Cade no âmbito da análise de atos de concentração econômica, entendeu-se mais adequada a utilização do caso descrito para os fins propostos pelo presente trabalho.

na actuação de uma vontade social e na prossecução de um interesse social autónomos, formados livremente no seio dos seus órgãos próprios, a verdade é que, de um ponto de vista material, ela se encontra dependente, em maior ou menor grau, da estratégia e interesse do todo económico tal como ele vem definido pela sociedade líder do grupo (ANTUNES, 2002, p. 55)³¹⁰.

Contudo, se, de um lado, a unidade de direção tem como fundamento a concentração das decisões que envolvem as atividades das empresas agrupadas, por outro lado, revela-se muito difícil a determinação do grau mínimo dessa concentração que seja suficiente para comprovar essa unidade.

Conclui-se, assim, que os grupos têm papel fundamental na arquitetura dos mercados e indicam uma inequívoca tendência de as sociedades perderem o seu originário estatuto de independência (ANTUNES, 2005)³¹¹. Há, contudo, uma grande dificuldade na definição dos grupos societários, uma vez que a determinação dos limites e parâmetros de identificação dessa unidade ainda é muito frágil, o que dá ensejo a inseguranças jurídicas e abre espaço para discricionariedades. É nessas lacunas que têm origem os problemas a respeito da responsabilidade intra e inter-grupal objeto do presente trabalho.

III. A responsabilidade solidária entre as empresas de um mesmo grupo econômico

Há solidariedade, conforme definição do Código Civil brasileiro, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda. O conceito, porém, ganha contornos distintos quando se desloca para análise dos grupos de sociedades, em especial no que se refere à sua limitação.

A limitação da responsabilidade corresponde, primeiro, à lógica do binômio poder/responsabilidade e, por outro lado, como forma de incentivo ao exercício da arriscada atividade empresarial. Ou seja, limita-se a responsabilidade dos integrantes da sociedade comercial para fomentar o seu desenvolvimento empresarial. Nesse contexto, são criados mecanismos para controlar o excesso ou o abuso de direito, através, por exemplo, da solidarização da responsabilidade (HOLLANDA, 2008)³¹².

³¹⁰ ANTUNES, 2002, op. cit.

³¹¹ ANTUNES, José Engrácia. Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O Moderno Paradoxo Regulatório. Revista Direito GV, v.1 n.2, pp. 29-68, jun-dez 2005.

³¹² HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 170.

Quando o objeto da discussão passa da sociedade comercial isolada, autônoma e independente para os grupos societários, nos quais existe relação de subordinação entre sociedades e de centralização do poder de comando, à discussão deve ser dada nova abordagem. Diante da separação entre propriedade e controle, e da perda da autonomia organizacional, patrimonial e jurídica das sociedades, é preciso repensar o tratamento dispensado à solidariedade.

A solidariedade, como se sabe, não se presume. Ela resulta da lei (extracontratual) ou da vontade das partes (contratual), conforme prevê o art. 265 do Código Civil. Dado que o processo de evolução da formação das sociedades comerciais é constante e acelerado, nem sempre a legislação responsável por regulá-lo é capaz de acompanhar tal evolução de forma a impedir as agressões àqueles direitos que devem ser protegidos³¹³.

Assim, alcançar conclusões sobre tema tão complexo e que ainda não recebeu a devida atenção da doutrina, jurisprudência e legislação nacionais é tarefa árdua e que demanda muitos cuidados. Por isso, não se pretende extrair da discussão, aqui travada, uma resposta definitiva sobre o tema, mas se espera que ela auxilie num pensar do direito dos grupos societários e da responsabilidade nos grupos.

Nesse sentido, com foco na solidariedade extracontratual, serão abordados problemas acarretados pela falta de um conceito preciso de responsabilidade solidária, aplicável aos grupos econômicos, que envolve desde aspectos menos complexos, como a notificação de empresas estrangeiras, até mais profundos, como a extensão de uma obrigação pessoal a terceiros.

III.1. A citação de empresas estrangeiras através de sua subsidiária brasileira no contexto de investigações conduzidas pelo Cade

Apesar de a verificação da possibilidade da notificação de empresas estrangeiras através de sua subsidiária brasileira pelo Cade não dizer respeito à solidariedade, o Cade e as decisões judiciais têm utilizado a solidariedade para justificar atos dessa natureza³¹⁴. A análise,

³¹³ Os problemas que envolvem a responsabilidade nos grupos de sociedades já foram objeto de estudo de autores importantes como José Engrácia Antunes, em “*Liability of Corporate Groups*”, e Eduardo Secchi Munhoz, em “*Empresa Contemporânea e o Direito Societário*”. Tanto Antunes, quanto Munhoz demonstraram, por exemplo, grande preocupação com a utilização das sociedades subsidiárias como mero escudo da sociedade principal do grupo societário nas atividades empresariais por ela comandadas. Apesar de reconhecer a importância que esses trabalhos têm na análise da solidariedade, para o presente trabalho, consciente de suas limitações, foi feito outro recorte temático.

³¹⁴ Ver, por exemplo, Nota Técnica nº 49/2015, no Processo Administrativo nº 08012.005324/2012-59 e Processo

portanto, perpassa, além da interpretação do art. 2º, §2º, da Lei de Defesa da Concorrência (12.529/2011), também a do art. 33, da mesma lei, que cuida da responsabilidade solidária. Ademais, a questão é um problema muito recorrente quando se trata da atuação do Cade relacionada aos grupos societários e, por isso, serão feitos breves comentários a seu respeito.

Primeiramente, quanto ao disposto no art. 2º, transcrito a seguir, discute-se qual foi a intenção do legislador ao utilizar as expressões “sucursal”, “agência” e “filial” e se nessas expressões estariam englobadas as subsidiárias e demais empresas de um mesmo grupo econômico.

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.

§ 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 instalado no Brasil. (grifos nossos)

Vale ressaltar que a Lei 12.529 não inovou no ordenamento jurídico ao usar tais expressões em seu texto. Disposições semelhantes já haviam sido utilizadas pelo Código de Processo Civil ao tratar da representação judicial de pessoas jurídicas estrangeiras. Veja-se o art. 12 do Código:

Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:
(...)

VIII- a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil. (grifos nossos)

Contudo, é necessário esclarecer se a norma se aplica a entidades do mesmo grupo econômico que possuem personalidade jurídica distinta da empresa estrangeira, sem vinculação administrativa com ela.

O Cade tem entendido que sim. Isso porque as expressões “filial”, “sucursal” e “agência”, que antes faziam sentido em um mercado de âmbito nacional, deixam de ter tanta importância no cenário global. A necessidade de rapidez de giro de capital e de investimentos leva as macro-organizações a preferirem uma estruturação societária distinta, que se apresente de fácil alienação.

É nesse contexto que nascem os grupos de sociedades e os conglomerados multinacionais, que dão preferência à criação de uma empresa com personalidade jurídica

distinta ao estabelecimento de uma filial, sucursal ou agência, como extensão do seu próprio patrimônio.

Tal mudança na realidade dos arranjos societários não poderia ser ignorada pelo Cade e não o foi. Hoje é pacífico o entendimento do Cade de que é possível e legítima a citação de empresa estrangeira através de suas subsidiárias no Brasil.

A Superintendência-geral do Cade (SG) abordou a discussão no Processo Administrativo nº 08012.005324/2012-59³¹⁵, que investiga o suposto cartel internacional no mercado de rolamentos. Nessa ocasião, a SG invocou o princípio da unidade econômica dos grupos societários para reforçar o seu entendimento de que as empresas do mesmo grupo econômico são solidariamente responsáveis por eventual prática de infração contra a ordem econômica, o que legitimaria a notificação através de outras pessoas jurídicas do grupo.

A SG, a fim de embasar seu entendimento, utilizou três precedentes judiciais, dois do Superior Tribunal de Justiça (STJ)³¹⁶ e um do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP)³¹⁷, ainda que eles não tratem de casos oriundos de decisões do CADE.

³¹⁵ Processo Administrativo nº 08012.005324/2012-59. Nota Técnica SG nº 49/2015. 10 de agosto de 2015.

³¹⁶ DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE IMAGEM EM SÍTIO ELETRÔNICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PARA EMPRESA ESPANHOLA. CONTRATO COM CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NO EXTERIOR. 4. A questão principal relaciona-se à possibilidade de pessoa física, com domicílio no Brasil, invocar a jurisdição brasileira, em caso envolvendo contrato de prestação de serviço contendo cláusula de foro na Espanha. A autora, percebendo que sua imagem está sendo utilizada indevidamente por intermédio de sítio eletrônico veiculado no exterior, mas acessível pela rede mundial de computadores, ajuíza ação pleiteando ressarcimento por danos material e moral. 5. Os artigos 100, inciso IV, alíneas "b" e "c" c/c art. 12, incisos VII e VIII, ambos do CPC, devem receber interpretação extensiva, pois quando a legislação menciona a perspectiva de citação de pessoa jurídica estabelecida por meio de agência, filial ou sucursal, está se referindo à existência de estabelecimento de pessoa jurídica estrangeira no Brasil, qualquer que seja o nome e a situação jurídica desse estabelecimento. 6. Aplica-se a teoria da aparência para reconhecer a validade de citação via postal com "aviso de recebimento-AR" efetivada no endereço do estabelecimento e recebida por pessoa que, ainda que sem poderes expressos, assina o documento sem fazer qualquer objeção imediata. Precedentes. (...)15. Recurso especial a que se nega provimento (grifos nossos) (REsp 1168547/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 07/02/2011).

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RETIRADA DE PÁGINA DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. CONTEÚDO OFENSIVO À HONRA E À IMAGEM. ALEGADA RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE CONTROLADORA, DE ORIGEM ESTRANGEIRA. POSSIBILIDADE DA ORDEM SER CUMPRIDA PELA EMPRESA NACIONAL. 1. A matéria relativa a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie não foi objeto de decisão pelo aresto recorrido, ressentindo-se o recurso especial, no particular, do necessário prequestionamento. Incidência da súmula 211/STJ. 2. Se empresa brasileira auferir diversos benefícios quando se apresenta ao mercado de forma tão semelhante a sua controladora americana, deve também, responder pelos riscos de tal conduta. 3. Recurso especial não conhecido (grifos nossos) (RESP 1021987 RN 2008/0002443-8, FERNANDO GONÇALVES - QUARTA TURMA, DJE DATA:09/02/2009).

³¹⁷ CITAÇÃO - Pessoa jurídica - Realização do ato citatório de empresa estrangeira litisdenunciada na pessoa de empresa nacional do mesmo grupo econômico - Validade - Possibilidade da defesa da outra sem prejuízos - Expedição de carta rogatória que apenas acarretaria atraso na entrega da prestação jurisdicional - Recurso provido

Vale mencionar que, em decisão de 2007, o STJ³¹⁸ reformou decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para negar a possibilidade de citação dirigida à pessoa jurídica estrangeira, mas realizada na sede da sociedade brasileira. O tribunal a quo decidiu pela validade da citação em razão de elas pertencerem ao mesmo grupo econômico. A corte superior declarou, contudo, a ineficácia da citação dirigida à pessoa jurídica estrangeira, mas realizada na sede da sociedade brasileira do mesmo grupo, na medida em que as pessoas jurídicas, apesar de pertencerem ao mesmo grupo, não se confundem.

Tal entendimento, entretanto, foi superado pelo STJ e hoje se permite a citação de pessoas jurídicas estrangeiras por meio de seu estabelecimento no Brasil, qualquer que seja o nome e a situação jurídica desse estabelecimento. Esse entendimento, como já dito, vem sendo utilizado pelas autoridades antitruste para prosseguir com a notificação de empresas estrangeiras com subsidiárias no Brasil.

Outro caso investigado pelas autoridades brasileiras que tratou do tema foi o do Cartel do Agenciamento de Frete³¹⁹. Nele, discutiu-se a validade da notificação da Representada PWC, empresa estrangeira situada no Kuwait, por meio da empresa brasileira Itatrans. Na Nota Técnica de 2013, foram utilizados fundamentos praticamente idênticos aos mencionados na Nota da investigação do cartel de rolamentos, tendo sido citados, inclusive, os mesmos precedentes judiciais.

A notificação da PWC pela Itatrans também foi analisada pelo judiciário. No caso, o Juiz Federal do Tribunal Regional Federal, 1ª Região (TRF-1) adotou o parecer do Ministério Público Federal para decidir pela validade da citação promovida pelo Cade, destacando que (i) a possibilidade de notificação de empresa estrangeira por meio da empresa brasileira do mesmo grupo é prevista na lei do Cade e que (ii) na lei não é indicada uma ordem preferencial no que

para reconhecer a validade do ato citatório (grifos nossos) (TJ-SP, Relator: Melo Colombi, Data de Julgamento: 05/11/2008, 14ª Câmara de Direito Privado).

³¹⁸ RECURSO ESPECIAL. CITAÇÃO NULA. TEORIA DA APARÊNCIA. INAPLICABILIDADE. PESSOA JURÍDICA ESTRANGEIRA. SOCIEDADE BRASILEIRA.

1. É ineficaz a citação dirigida a pessoa jurídica estrangeira mas realizada na sede de sociedade brasileira, ainda que ao recebimento do mandado não se oponha funcionário desta última.

2. Ainda que a ré, sociedade estrangeira, detenha maior parte do capital de sociedade brasileira, não vale como citação a intimação recebida por empregado desta última mas destinada àquela primeira.

3. A invocação da aparência não confere eficácia a citação realizada em pessoa jurídica diversa daquela indicada pelo autor na inicial.

4. Se as pessoas jurídicas não se confundem, não vale citação recebida por uma delas em ação movida contra à outra (grifos nossos) (REsp 993.235/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2007, DJ 28/11/2007 p. 223).

³¹⁹ Processo Administrativo nº 08012.001183/2009-08. Nota Técnica nº 387/2013. 30 de dezembro de 2013.

diz respeito à forma pela qual deve ser realizada a notificação inicial - ou seja, o Cade não está obrigado a tentar notificar diretamente a empresa estrangeira antes de enviar notificação à empresa brasileira do mesmo grupo³²⁰.

Por fim, é razoável que a prática de ato em processo administrativo, cuja parte investigada é pessoa jurídica estrangeira, seja possibilitada por meio de empresas nacionais com a qual possui vínculo por pertencerem ao mesmo grupo econômico. Isso porque, no que concerne à intimação/notificação das empresas estrangeiras, são infinitas as dificuldades impostas à cooperação internacional para a prática de atos processuais. Sendo assim, a prática, por mais simples que seja, do ato em país estrangeiro pode custar anos de impedimento do trâmite processual e comprometer a própria efetividade da investigação.

III.2. Responsabilidade solidária entre sociedades de um mesmo grupo econômico para o pagamento de condenações impostas pelo Cade

A fim de responder às questões que este artigo visa a discutir, faz-se necessário aprofundar o entendimento a respeito da responsabilidade solidária entre sociedades de um mesmo grupo econômico, para que se estabeleçam limites para a responsabilização prevista no art. 33 da Lei 12.529/11.

³²⁰ "Ademais, no item 6 da peça preambular, a impetrante esclarece o seu quadro societário, nos seguintes termos: a) AGILITY LOGISTICS INTERNATIONAL BV, empresa sediada na Holanda, detentora de 99,99% das ações representativas de seu capital social; b) AGILITY LOGISTICS HOLDINGS NV, sediada nas Antilhas Holandesas, detentora de 0,01% das ações representativas do capital social. Mencionou que as sociedades supracitadas são indiretamente controladas pela PWC.

(...)

Calha ressaltar que o legislador não indicou, necessariamente, uma ordem preferencial no que diz respeito à forma pela qual deve ser realizada a notificação inicial, sendo suficiente o cumprimento de sua finalidade, qual seja: oportunizar o exercício das garantias fundamentais atinentes ao contraditório e à ampla defesa, tendo em vista a possibilidade de aplicação de sanção motivada pela prática de infração à ordem econômica.

Não há como afastar a qualidade de interessada da impetrante. No item 4 das informações prestadas pela autoridade impetrada, consta a notícia de que a THE PUBLIC WAREHOUSING COMPANY K.S.C. responde pela denominação de AGILITY PUBLIC WAREHOUSING COMPANY K.S.C, controladora do Grupo AGILITY, conforme documentado no Relatório Anual de 2012 da A GILITY PUBLIC WAREHOUSING COMPANY K.S.C.

Frise-se que a SDE ainda tentou lograr êxito na notificação pessoal da PWC, em que pese não estar obrigada por lei a tal procedimento. Veja-se a redação do artigo 2º da Lei Federal nº 12.529/11, *ipsis litteris*:

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 devam 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 instalado no Brasil, (sem grifos no original)." (grifos nossos)

Dentre as questões a serem debatidas, está a possibilidade de direcionamento, no curso da execução, de cobrança da penalidade pecuniária imposta pelo Cade a pessoa jurídica diversa daquela que figurou no processo administrativo, quando ambas pertençam ao mesmo grupo econômico.

A esse respeito, observa-se que, em outros ramos do direito, o grupo é visto como um todo especial para efeitos de responsabilidade pelo pagamento de dívidas já constituídas por outra sociedade empresária do mesmo grupo. Decisões judiciais e leis específicas que corroboram esse entendimento foram encontradas nas seguintes áreas do direito: Direito do Trabalho, Direito da Seguridade Social, Direito do Consumidor e Direito Tributário.

Vale ressaltar, contudo, que a contribuição dada por outras áreas do direito, com exceção da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), é limitada em razão de se tratarem de responsabilidade no âmbito civil, enquanto a solidariedade prevista pela Lei de Defesa da Concorrência se trata de responsabilidade punitiva. Ainda assim, serão utilizadas essas contribuições para, através da analogia, fomentar a construção de um entendimento em torno da responsabilidade por infrações à ordem econômica.

Na esfera do Direito do Trabalho, o art. 2º, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)³²¹ impõe a responsabilidade solidária entre empresas do mesmo grupo por todas as obrigações advindas da relação de emprego empreendida por uma delas. O judiciário³²² tem

³²¹ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas (grifos nossos).

³²² RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. GRUPO ECONÔMICO. I. (...). Nesse contexto, ao condenar as Reclamadas de forma solidária pelo pagamento das verbas trabalhistas deferidas ao Reclamante, sob o fundamento de que as empresas Reclamadas formam grupo econômico em decorrência da constituição de sociedade de fato entre elas, o Tribunal Regional não violou o art. 2º, § 2º, da CLT, mas julgou a controvérsia em conformidade com os seus termos, os quais preveem a responsabilidade solidária entre as empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico. II. Recurso de revista de que não se conhece (grifos nossos) (TST - RR: 379003320095150010, Relator: Fernando Eizo Ono, Data de Julgamento: 29/04/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/05/2015).

RECURSO DE REVISTA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - GRUPO ECONÔMICO - REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. O art. 2º, § 2º, da CLT dispõe que quando uma empresa encontra-se sob direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo econômico, serão ambas solidariamente responsáveis pelas verbas trabalhistas devidas a seus empregados. O Tribunal Regional, com base nos fatos e provas constantes nos autos, constatou que as reclamadas integram o mesmo grupo econômico, ocorrendo a ingerência conjunta nas atividades bancárias e a utilização do mesmo nome comercial. (...). Recurso de revista não conhecido (grifos nossos) (TST - RR: 1638001720055090662, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 18/06/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/04/2015).

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - GRUPO ECONÔMICO. A solidariedade entre as Reclamadas tem fulcro

aplicado essa regra no que diz respeito a verbas trabalhistas devidas por uma das empresas, bastando, para a configuração do grupo, a participação delas no mesmo empreendimento, atuando coordenadamente, mesmo que não se destaque o controle por uma empresa líder.

A responsabilidade solidária de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico também é imposta no art. 30, inciso IX, da Lei de Seguridade Social (Lei 8.212/1991)³²³. Ao apreciar questões referentes a essa normativa, o judiciário também reconheceu a existência de solidariedade passiva entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico no que diz respeito à arrecadação e ao recolhimento de contribuições devidas à Seguridade Social. O conceito de grupo econômico nessa esfera é entendido pelo judiciário³²⁴ de forma ampla, estendendo-se a sociedades meramente coligadas - controle, coligação ou simples participação

em norma vigente (§ 2º, do artigo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho), em razão do grupo econômico que participam, valendo ressaltar que não possui relevância a investigação de quem tenha sido a empregadora da Reclamante, considerando que o mencionado dispositivo Consolidado não traz qualquer exceção neste aspecto para que se afaste a responsabilidade solidária. Na interpretação atual e adequada do que dispõe o § 2º, do artigo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, da qual comungo, basta a participação das empresas no mesmo empreendimento, atuando coordenadamente, mesmo que não se destaque o controle por uma empresa líder, para que a solidariedade das integrantes do grupo esteja configurada (grifos nossos) (TRT-5 - RECORD: 821000820085050021 BA 0082100-08.2008.5.05.0021, 5ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 28/01/2011).

³²³ Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

[...]

IX - As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei;

³²⁴ PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. GRUPO ECONÔMICO. PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. ELEMENTO SUFICIENTE. FATO GERADOR DAS CONTRIBUIÇÕES. INTERESSE COMUM. SOLIDARIEDADE. AGRAVO DESPROVIDO. I. A Lei nº 8.212/1991, motivada pela equidade no custeio da Seguridade Social, estabelece que as empresas integrantes de grupo econômico de qualquer natureza respondem solidariamente pelas contribuições previdenciárias (artigo 30, IX). II. A generalidade da qualificação faz com que as sociedades meramente coligadas - controle, coligação ou simples participação - estejam sob o alcance da norma jurídica. A existência de convenção não é necessária; basta o vínculo societário. (...). IX. Agravo de instrumento a que se nega provimento (grifos nossos) (AI 00999029120064030000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/07/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.).

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. OPERAÇÕES FRAUDULENTAS. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. I. A Lei nº 8.212/1991, no artigo 30, IX, estabelece que as empresas integrantes de grupo econômico de qualquer natureza respondem solidariamente pelas contribuições previdenciárias. II. A disciplina é ostensivamente inovadora, seja porque identifica agrupamento na simples participação de uma sociedade no capital de outra, seja porque confere solidariedade às obrigações assumidas durante a integração. III. A expressão "grupo de qualquer natureza" abrange as reuniões de fato, oriundas de controle societário. Diferentemente do que dispõe a legislação comercial (artigo 265 da Lei nº 6.404/1976), não é necessária a formalização da coesão por contrato; basta a titularidade de quotas ou ações dominantes por organização empresarial. (...). VIII. Agravo a que se nega provimento (grifos nossos) (AI 00227282520144030000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015.)

societária -, não havendo necessidade da existência de convenção.

Na esfera do Direito do Consumidor, o art. 28, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC)³²⁵ prevê a responsabilidade subsidiária de empresas integrantes dos grupos societários e de sociedades controladas. No entanto, a jurisprudência majoritária³²⁶ tem invocado a teoria

³²⁵ Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa (grifos nossos).

³²⁶ DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IRREGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL NÃO SANADA. APELAÇÃO DA PRIMEIRA RÉ NÃO CONHECIDA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR REJEITADAS. ASSINATURAS DE REVISTAS. INEXISTÊNCIA DE CONTRATO. DESCONTO INDEVIDO NO CARTÃO DE CRÉDITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS NA RELAÇÃO DE CONSUMO. ART. 7º DO CDC. RESTITUIÇÃO EM DOBRO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC. CONDUTA ABUSIVA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NÃO OBSERVADO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

(...)

3. Aplica-se a teoria da aparência para reconhecer a responsabilidade solidária das empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada.

4. As instituições financeiras demandadas, na qualidade de prestadoras de serviços, assumem o risco da atividade econômica que exercem e respondem objetivamente e solidariamente pelos danos causados ao consumidor.

(...)

7. Apelação da primeira Ré não conhecida. Apelação do Autor conhecida e parcialmente provida. Apelações do terceiro e quarto Réus conhecidas, mas não providas. Unânime. (Acórdão n.873505, 20120111222759APC, Relator: FÁTIMA RAFAEL, Revisor: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10/06/2015, publicado no DJE: 18/06/2015. Pág. 159)

APELAÇÃO CÍVEL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ASSERTÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONFIGURADA. MOTIVOS DE FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. MORA CARACTERIZADA. LUCROS CESSANTES. DEVIDOS. VALOR DO ALUGUEL. CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA. POSSIBILIDADE. MULTA COMPENSATÓRIA. INOVAÇÃO RECURSAL. SENTENÇA MANTIDA.

1. As empresas que pertencem ao mesmo grupo econômico devem ser solidariamente responsabilizadas pelos danos advindos de contratos por elas firmados. Legitimidade demonstrada, ante à teoria da aparência. Preliminar rejeitada.

(...)

6. Negado provimento ao apelo (Acórdão n.859873, 20130111352429APC, Relator: GISLENE PINHEIRO, Revisor: J.J. COSTA CARVALHO, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 08/04/2015, publicado no DJE: 13/04/2015. Pág. 257).

CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE DUAS EMPRESAS DO MESMO GRUPO, ECONÔMICO QUE INCORREM EM FALHAS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. PRELIMINAR REJEITADA. ANOTAÇÃO INDEVIDA DE NOME DO CONSUMIDOR EM BANCO DE DADOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO, POR DÍVIDA JÁ PAGA. DANO MORAL CARACTERIZADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM MODERAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. A apelante pertencente ao mesmo grupo econômico da Norte Brasil Telecom (VIVO) detém legitimidade para responder solidariamente em ação de indenização por danos morais, quando ambas usam estrutura material e recursos humanos comuns, além de ostentarem a mesma logomarca (VIVO). Reforça esse entendimento o fato de a lide ser regida pelo código de defesa do consumidor e, aos olhos do hipossuficiente, ser

da aparência (que se refere à hipótese em que é difícil para o consumidor diferenciar duas empresas do mesmo grupo, porque atuam sob nomes semelhantes ou por outros motivos desta ordem) para decidir pela solidariedade entre empresas do mesmo grupo econômico.

Apesar de não haver decisões judiciais a respeito, dada a recente promulgação da lei, foi identificada também a previsão de solidariedade entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico na Lei Anticorrupção. Por também referir-se à responsabilidade punitiva, sua análise guarda estreita relação com a solidariedade no âmbito da defesa da concorrência. Ela trata da responsabilização administrativa e penal de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira³²⁷.

Convém destacar que o legislador foi mais claro ao tratar da responsabilidade solidária no âmbito da corrupção do que no das infrações antitruste, deixando menos espaço para dúvidas no que concerne a execução de débitos já constituídos. Conforme expressamente previsto na lei, essa solidariedade é restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado. Ou seja, é aplicável na execução de eventual condenação.

É certo que uma análise comparativa entre a Lei Anticorrupção e a Lei de Defesa da Concorrência pode contribuir para o presente debate. Sendo assim, vejamos o que diz a Lei 12.846/2013:

Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

(...)

§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado. (grifos nossos)

Da análise do trecho supra-transcrito, conclui-se, portanto, que (i) ela se restringe às empresas controladoras, controladas e coligadas e não a todas do grupo e (ii) a solidariedade

quase impossível diferenciar uma empresa da outra. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. (...) 4. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, com súmula de julgamento servindo de acórdão, na forma do artigo 46 da lei nº 9.099/95. Considero pagas as custas processuais. Honorários advocatícios, fixados em 20% do valor da condenação, a ser pago pela recorrente (grifos nossos) (TJ-DF - ACJ: 20060110053603 DF, Relator: JOSÉ GUILHERME DE SOUZA, Data de Julgamento: 03/06/2008, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., Data de Publicação: DJU 16/07/2008 Pág. 162).

³²⁷“Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

[...]

§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado” (grifos nossos).

apenas existe para os casos de pagamento de multa e reparação de dano.

Conforme será discutido posteriormente, tal norma se adéqua melhor que a sua correspondente no Direito Antitruste aos ditames do Direito Administrativo Sancionador. Não há que se falar aqui em solidariedade de penas (não monetárias) da infratora. Houve um nítido cuidado do legislador em limitar a incerteza na avaliação de possíveis contingências decorrentes de descumprimentos da legislação brasileira anticorrupção.

Quanto às decisões no âmbito do Direito da Concorrência, o Cade tem usado o art. 33, da Lei 12.529/2011, para determinar que há solidariedade entre as sociedades de um mesmo grupo nos casos em que a infração é comprovada e a empresa condenada pela infração, integrante do grupo, não pague a multa que lhe fosse imposta.

Nessa situação (em que o débito já está constituído e ainda não houve pagamento), a Administração Pública poderia exigir o pagamento da multa por outras empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico da condenada.

Nesse sentido, o Conselheiro Ragazzo, nos autos do Requerimento nº 08700.005448/2010-14³²⁸, decidiu pela solidariedade para a execução de eventuais multas/obrigações impostas em virtude de condenação ou acordo firmado com o CADE. Vejamos:

122. A responsabilidade solidária da Unimed Brasil pelas infrações à ordem econômica cometidas pelas unidades cooperativas do Sistema Unimed exige que a mesma, no mínimo: *i) pague ou assegure, mediante garantia pessoal, o pagamento da contribuição pecuniária ao FDD; e .ii) assegure, mediante a assunção de obrigações próprias (a serem executáveis somente mediante descumprimento da obrigação original prevista no acordo), que a unidade cooperativa infratora cesse definitivamente a prática anticompetitiva objeto da investigação.* As obrigações próprias serão abordadas no item logo abaixo, de forma a deixar claros o seu escopo e objetivo com relação à prática.

(...)

134. Para tanto, *o maior desafio será conseguir estruturar um modelo que permita a presença de diferentes representados de investigações independentes com a participação solidária da Unimed Brasil para o cumprimento e fiscalização da obrigação de todos.* Dentre os instrumentos à disposição do CADE no exercício do controle de condutas, o que aparentemente se apresenta como o mais adequado para tal tarefa é o TCC. (grifos nossos)

Por outro lado, no Direito Tributário, foi encontrado entendimento mais restrito - a solidariedade é prevista no art. 124 do Código Tributário Nacional (CTN)³²⁹, mas apenas é

³²⁸ Requerimento nº 08700.005448/2010-14.Voto do Conselheiro-relator. 14 de dezembro de 2011.

³²⁹ Art. 124. São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II - as pessoas expressamente designadas por lei. Parágrafo único. A

aplicável nos casos em que as empresas realizam conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, sendo necessário identificar interesse jurídico (e não meramente econômico) por parte de cada uma das partes envolvidas. Esse entendimento - inclusive no que diz respeito à necessidade de demonstração do interesse jurídico por cada empresa envolvida - já foi consolidado pelo STJ³³⁰.

A doutrina e jurisprudência brasileiras majoritárias afastam ainda a possibilidade de a execução fiscal alcançar pessoas que não figuraram como parte em processo administrativo, do

solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

³³⁰ TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. INDISPONIBILIDADE DE BENS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, apenas quando ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando o mero interesse econômico na consecução de referida situação. 2. Hipótese em que o Tribunal de origem, com base no conjunto probatório, reconheceu a prática de atividades comuns entre as empresas integrantes do grupo econômico, de forma a reconhecer a responsabilidade tributária solidária e, conseqüentemente, a justificar a legitimidade passiva. Logo, a modificação do julgado requer o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ, por esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes. Agravo regimental improvido (grifos nossos) (AGRESP 201400229643, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:13/03/2015. DTPB).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. EMPRESA DE MESMO GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE PASSIVA. 1. No que concerne aos arts. 150, 202 e 203, do CTN e ao art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/80, a Corte de origem valeu-se de detida análise do acervo fático-probatório dos autos para atingir as conclusões de que não houve a demonstração de fraude, que a CDA continha profundos vícios e que o recorrente não logrou proceder a sua emenda, sendo certo que a alteração desse entendimento esbarraria no óbice inscrito na Súmula 07/STJ. 2. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que inexistente solidariedade passiva em execução fiscal apenas por pertencerem as empresas ao mesmo grupo econômico, já que tal fato, por si só, não justifica a presença do "interesse comum" previsto no artigo 124 do Código Tributário Nacional. 3. Agravo regimental não provido (grifos nossos) (STJ - AgRg no REsp 1102894/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, 2ª TURMA, julg. 21/10/2010, DJe 05/11/2010).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. (...) 7. Conquanto a expressão "interesse comum" - encarte um conceito indeterminado, é mister proceder-se a uma interpretação sistemática das normas tributárias, de modo a alcançar a ratio essendi do referido dispositivo legal. Nesse diapasão, tem-se que o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal implica que as pessoas solidariamente obrigadas sejam sujeitos da relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato imponible. Isto porque feriria a lógica jurídico tributária a integração, no polo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participação na ocorrência do fato gerador da obrigação. (...) 9. Destarte, a situação que evidencia a solidariedade, quanto ao ISS, é a existência de duas ou mais pessoas na condição de prestadoras de apenas um único serviço para o mesmo tomador, integrando, desse modo, o pólo passivo da relação. Forçoso concluir, portanto, que o interesse qualificado pela lei não há de ser o interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas o interesse jurídico, vinculado à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato imponible. 10. "Para se caracterizar responsabilidade solidária em matéria tributária entre duas empresas pertencentes ao mesmo conglomerado financeiro, é imprescindível que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, sendo irrelevante a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela outra empresa coligada ou do mesmo grupo econômico." (REsp 834044/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 15/12/2008). (...) 13. Recurso especial parcialmente provido, para excluir do pólo passivo da execução o Banco Safra S/A (grifos nossos) (STJ - REsp 884.845/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, julg. 05/02/2009, DJe 18/02/2009).

qual resultou a constituição do crédito. Humberto Theodoro Júnior afirma:

Sendo a execução fiscal regulada pela Lei no. 6.830 puro procedimento executivo, continua, a meu ver, inadmissível, em feito da espécie, pretender a Fazenda o acertamento de responsabilidades de terceiros ou coobrigados que não figuraram no processo administrativo e contra quem não se formou o título executivo, que é a Certidão de Dívida Ativa (THEODORO JÚNIOR, 1993, p. 24).³³¹

Nesse sentido, entende o STJ³³² que a solidariedade deve ser observada no momento do lançamento do débito tributário, não sendo possível, no curso da execução fiscal, modificar o polo passivo da demanda para incluir empresa contra a qual não foi constituído o débito.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), em processo de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa³³³, ao discutir a possibilidade de responsabilização de sócios por dívidas tributárias da pessoa jurídica, também entendeu que eles devem ser intimados a participar dos atos que culminam na constituição definitiva dos referidos créditos. Para o relator, a inclusão de terceiros como responsáveis pelos débitos tributários sem a demonstração das circunstâncias legais que levaram a tanto seria uma ficção inadmissível no âmbito do direito público.

³³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Lei de Execução Fiscal, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993.

³³² RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ART. 31 DA LEI 8.212/91 EM SUA VERSÃO ORIGINAL. EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA APENAS CONTRA A EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE DE POSTERIOR RESPONSABILIZAÇÃO DA CONTRATANTE. SOLIDARIEDADE QUE DEVE SER OBSERVADA NO MOMENTO DO LANÇAMENTO DO DÉBITO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Trata-se de recurso especial em que o INSS busca a responsabilização da ora recorrida (tomadora de serviços) pelas dívidas, objeto de execução fiscal, lançadas apenas contra a empresa prestadora de serviços. Afirma que, embora não conste o nome da recorrida na CDA, seria possível o redirecionamento da execução contra ela.

2. A responsabilidade solidária tributária é instituto que visa dar maior garantia à Fazenda Pública para o recebimento de seus créditos fiscais, ou seja, verificando-se que o responsável solidário tem melhores condições de adimplir o débito, pode a credora executá-lo no lugar do devedor principal.

3. Tal instituto, entretanto, não é capaz de legitimar o redirecionamento de execução fiscal, já em curso, contra pessoa jurídica em relação à qual não foi sequer lançado o débito tributário. Isso porque, tanto na esfera administrativa quanto na judicial devem ser observados os princípios da ampla defesa e do contraditório, possibilitando ao contribuinte, caso deseje, impugnar o lançamento do débito, apresentar provas que entenda cabíveis, dentre outras providências.

4. A solidariedade deve ser observada no momento do lançamento do débito tributário, não havendo como, no curso da execução fiscal, modificar o polo passivo da demanda para incluir empresa contra a qual não foi constituído o crédito.

5. Ressalte-se, por fim, que esta Corte Superior admite o redirecionamento da execução fiscal contra o administrador pelos débitos fiscais da empresa, ainda que seu nome não conste na CDA, quando se verificar alguma das hipóteses previstas no art. 135 do CTN. Bem diferente é o caso dos autos, em que o INSS busca responsabilizar empresa pelos débitos de outra pessoa jurídica sem que tenha havido contra ela qualquer lançamento tributário. Assim, não há como se conhecer do recurso especial quanto à alínea c do permissivo constitucional, ante a ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e os julgados paradigmas.

6. Recurso especial desprovido (grifos nossos) (STJ, Primeira Turma, REsp 463418, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 18/12/2006)

³³³ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 608.426.

É possível afirmar que o STF entende que a administração, ao realizar o lançamento do crédito, deve fazê-lo, desde logo, contra o terceiro, demonstrando claramente (sem presunções) as circunstâncias legais que o solidarizam com o débito da pessoa jurídica, facultando a este o exercício do contraditório e da ampla defesa.

A despeito da falta de unicidade entre o entendimento das diversas áreas do direito a respeito da solidarização pelo pagamento de multas impostas pela administração, o presente trabalho filia-se às conclusões do STF a respeito das execuções fiscais acima descrito.

A partir da analogia com o Direito Tributário, conclui-se que é imprescindível que ao terceiro solidário seja dada a oportunidade de apresentar defesa administrativa em relação não apenas aos fundamentos que o tornam responsável pelo crédito, mas, também, àqueles que dizem respeito à própria exigência do crédito. Por força dos princípios constitucionais, especialmente da culpabilidade, do devido processo legal e da segurança jurídica, a solidariedade prevista pela Lei 12.529/2011 não deve ser imputada à controladora se ela não participou do processo nem lhe foi oportunizado o direito de defesa. Isso seria abusivo mesmo no plano da responsabilidade civil e, com maior razão, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

III.3. A responsabilidade solidária por ilícitos concorrenciais

A partir das conclusões do capítulo anterior a respeito da solidariedade do pagamento de condenações impostas pela administração, é possível inferir que a responsabilidade solidária pelo próprio ilícito é ainda mais problemática. Sabendo disso, os parágrafos a seguir buscarão demonstrar a delicadeza dessa responsabilização no âmbito do Direito Antitruste com maior profundidade.

Os sistemas legais de imputação dos custos e riscos gerados pela atividade empresarial sofreram uma profunda evolução ao longo dos tempos e acompanharam o desenvolvimento das próprias formas jurídicas das empresas. Ao passo que o modelo tradicional de sociedade comercial individual foi se tornando obsoleto, os grupos de sociedades foram ganhando espaço. Vale dizer que essa transformação dos sistemas econômicos e das estruturas organizativas de empresas apenas foram possíveis graças à consagração do fenômeno do controle intersocietário (ANTUNES, 2005)³³⁴.

As incertezas a respeito das normas que regulam esse controle geram um ambiente de

³³⁴ ANTUNES, 2005, op. cit.

insegurança no mercado econômico que compromete o crescimento econômico e afugenta novos investimentos. Por isso, o presente debate tem papel importante no fortalecimento das instituições democráticas e na viabilização do crescimento econômico do país.

As lacunas aqui discutidas se referem aos meios específicos para atingir os patrimônios das pessoas jurídicas e obter efetivo ressarcimento dos prejuízos causados por atos que as beneficiam ou interessam, direta ou indiretamente, ao mesmo tempo que infringem as leis de defesa da concorrência. Nesse sentido, é importante que se discuta as hipóteses de responsabilização solidária por essas infrações.

Ao avaliar se e em que condições poderão ou deverão ser imputáveis à controladora as condutas perpetradas ou as dívidas contraídas pela controlada, Antunes defende que há três tipos de estratégias regulatórias fundamentais no mundo.

O primeiro deles, o modelo norte-americano ou estratégia regulatória tradicional, é o mais difundido a nível mundial, seja nos países da “Common Law”, seja nos países da “Civil Law” e está assentada nos quadros clássicos ortodoxos do Direito Societário (ANTUNES, 2005)³³⁵. Segundo Antunes, essa estratégia, fundada na autonomia societária, não permite que a sociedade-mãe seja responsabilizada pelos atos ou débitos dos demais entes societários integrados no mesmo grupo, uma vez que são pessoas jurídicas independentes.

Nesse caso, as demais entidades de um mesmo grupo apenas poderão ser responsabilizadas quando houver desconsideração da personalidade jurídica das sociedades envolvidas (“*disregard of corporate entity*”, “*piercing the corporate veil*”). Considerando que a responsabilização somente acontecerá em situações de exceção, do ponto de vista jurídico, é criada uma enorme inconsistência e insegurança jurídicas, sendo exageradamente casuístico, como afirma Antunes, o que inviabiliza a previsibilidade para casos futuros (ANTUNES, 2005)³³⁶.

Em reação à ortodoxia do sistema regulatório tradicional, foi criado o modelo europeu ou estratégia revolucionária. Os adeptos dessa linha defendem que a sociedade-mãe será responsável por todas as dívidas ou passivo das respectivas sociedades-filhas. A responsabilização se dá uma vez que a controladora determina a vida e a gestão empresarial das controladas, fazendo com que surja uma empresa unitária (ANTUNES, 2005)³³⁷. Nas palavras de Antunes:

³³⁵ Ibid.

³³⁶ Ibid.

³³⁷ Ibid.

Esta nova estratégia arranca de uma pressuposta visão do grupo societário como uma espécie de empresa unitária cujas unidades componentes se encontram debaixo do absoluto domínio exercido pela sociedade de topo (uma espécie de variante de uma sociedade comercial com divisões destituídas de individualidade jurídica), que reclama, em consequência, a aplicação de um regime jurídico de responsabilidade exatamente oposto – a responsabilidade ilimitada da sociedade-mãe (ANTUNES, 2005, p. 43).

O autor assevera, contudo, que esse modelo gera insegurança e automatismo dos resultados de sua aplicação, especialmente quando se trata de empresas que ocupam o vértice dos grupos econômicos. Essas sociedades controladoras estariam expostas a ações judiciais de responsabilização por passivos alheios a todo tempo, o que poderia até mesmo abalar a estabilidade financeira do próprio grupo. Ao impor solução uniforme a todos os tipos de grupos de sociedades, o modelo se mostra incapaz de regular de maneira flexível e diferenciada, e não permite a acomodação das diversas características que identificam as empresas plurissocietárias, em especial as descentralizadas (ANTUNES, 2005)³³⁸.

A título de exemplo, vale mencionar que, ao analisar a responsabilidade solidária entre empresas do mesmo grupo, a *European Commission* e a *European Court of Justice* (“ECJ”), por um lado, têm usado o conceito de *single economic entity*³³⁹ para analisar a responsabilidade intragrupal. As instituições europeias têm, todavia, frequentemente se absterido de uma análise detalhada das circunstâncias do caso concreto em favor da mera referência à existência de uma entidade econômica entre a empresa mãe e suas subsidiárias.

A ECJ, por outro lado, tem tentado estabelecer critérios capazes de determinar a distribuição da responsabilidade entre sociedades de um grupo econômico - ou seja, tem buscado estabelecer sob que circunstâncias uma empresa-mãe poderia ser responsabilizada por violações de suas subsidiárias. Destacam-se, a esse respeito, os casos *Stora*³⁴⁰ e *Akzo Nobel*³⁴¹.

No primeiro caso, a corte entendeu que existe no direito antitruste europeu uma presunção relativa (i.e., pode ser refutada) de que as subsidiárias integrais seguem a política de

³³⁸ Ibid.

³³⁹ A noção de *single economic entity* tem, cada vez mais, sido equiparada àquela de *undertaking* no Direito da Concorrência europeu. Ouseja, a *single economic entity* tem sido considerada "*a unitary organization of personal, tangible, and intangible elements, which pursues a specific economic aim on a long term basis, regardless of its legal status and the way it is financed*" (Mestmäcker/Schweizer, *Europäische Wettbewerbsrecht*, 2004, apud, PAUER, Nada Ina. *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*. Wolters Kluwer Law & Business, 2014.)

³⁴⁰ ECJ em 16/11/200, Caso C-286/98 P, *Stora Kopparberg Bergslags AB vs. Commission of the European Community*, [2000], ECR I-9925.

³⁴¹ ECJ em 10/09/2009, C-97/08 *Akzo Nobel NV vs. Commission*, [2009] ECR I-08237.

negócios de suas controladoras; enquanto no outro, a corte esclareceu as circunstâncias pelas quais as empresas-mães devem ser responsabilizadas, observado o comportamento anticompetitivo de suas subsidiárias.

O conceito de *single economic entity*, poderia, a princípio, permitir que uma subsidiária, sua empresa-mãe ou até mesmo o grupo inteiro respondessem solidariamente por condutas ilícitas praticadas por uma das sociedades do grupo. Contudo, não é certo que se pode utilizar indiscriminadamente essa teoria para responsabilizar, de forma solidária, outras entidades integrantes do grupo econômico de uma sociedade que tenha agredido o Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia³⁴².

Sua aplicação indiscriminada peca ao não considerar as várias possibilidades e meios de estruturação de grupos econômicos sob o prisma do direito societário, bem como o escopo e intensidade do controle econômico que a sociedade-mãe tem poder para exercer e os efeitos gerados pelo acordo entre as empresas de um mesmo grupo no mercado como um todo.

O terceiro e último modelo é conhecido como estratégia intermediária ou modelo alemão. Esse regime de responsabilidade dos grupos societários decorre do acomodamento da realidade grupal em um dos modelos formais de grupo (de direito ou de fato). Esse entendimento é resumido da seguinte maneira na obra de Antunes:

Em suma, pode afirmar-se que o regime de responsabilidade da empresa plurissocietária resultante deste modelo dualista decorre automaticamente do acomodamento ou integração da realidade ou fauna grupal num destes dois modelos formais de grupo: ou um sistema de compensação global e automático do passivo das filiais, estabelecido “ex ante”, no caso dos grupos de direito (onde a sociedade-mãe viu reconhecido um poder legal de controlo sobre a condução dos negócios sociais daquelas), ou um sistema de compensação pontual e casuístico, apenas constatável “ex post” no caso das filiais dos grupos de facto (onde é suposto as sociedades-filhas permanecerem autónomas na condução dos seus negócios, pelo que a sociedade-mãe apenas poderá ser obrigada a compensar aqueles prejuízos patrimoniais que hajam concretamente resultado para as filiais em consequência do uso ilegítimo por aquela da sua influência dominante) (ANTUNES, 2005, p. 46)³⁴³.

³⁴² O tratado estabelece em seu artigo 101 (1) que: "*The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which:*

(a) *directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;*
(b) *limit or control production, markets, technical development, or investment;*
(c) *share markets or sources of supply;*
(d) *apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;*
(e) *make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts*".

³⁴³ Antunes, 2005, op. cit.

A terceira via ganhou popularidade por separar e conciliar de um modo formal e artificial duas teorias antagônicas. Isto é, ela foge ao modelo americano que tende a ver os grupos exclusivamente da perspectiva do princípio da autonomia societária, ao mesmo tempo que dá solução diferente à proposta pela União Europeia que está, de maneira diametralmente oposta, apoiada no princípio do controle societário.

Apesar do disposto no art. 33, da Lei de Defesa da Concorrência, que parece aproximar o sistema brasileiro do modelo europeu, Antunes defende que o Brasil aderiu ao terceiro modelo com a LSAs. A generalidade que o legislador deu à norma não invalida sua interpretação racional, visando uma adequação sistêmica e harmônica com nosso ordenamento jurídico.

Apesar de as ações do ente controlado, por integrar um ambiente de confusão patrimonial, organizacional e de interesses, não poderem ser isoladas das ações das demais sociedades do grupo, é possível entender que os critérios para a responsabilização de sociedades controladas devem ser estabelecidos tendo em conta o poder de influência das outras sociedades integrantes desse mesmo ambiente, em especial das que comandam tais grupos econômicos.

A partir dessas conclusões, não poderia o art. 33 acima mencionado ser aplicado de maneira genérica, no que se refere à responsabilização por infrações por elas cometidas. Ademais, ela deixa a desejar quando se trata da adequação das garantias constitucionais ao processo administrativo sancionador, especialmente no âmbito dos grupos de sociedades, conceito tão flexível e elástico, do ponto de vista societário. A relação desse debate com os princípios do direito brasileiro será discutida no Capítulo IV.

Ao analisar os deveres e responsabilidades do titular do controle *interna corporis* e o desvio de poder, Comparato e Calixto Salomão (2014)³⁴⁴ concluem que para que se possa responsabilizar grupos econômicos é necessário que o elemento subjetivo esteja presente. É necessário enfatizar que a responsabilidade mencionada por eles não se confunde com a responsabilidade subjetiva pura, baseada na demonstração da intenção, ou mesmo com a responsabilidade objetiva. Para eles, é sempre possível que a sociedade se exima de responsabilidade demonstrando que respeitou a independência patrimonial da sociedade controlada:

Por responsabilidade de grupo subjetiva deve-se emendar aquele tipo de regra (legal ou jurisprudencial) que com base em uma predeterminada configuração da estrutura

³⁴⁴ COMPARATO, Fabio Konder; FILHO, Calixto Salomão. O poder de controle na sociedade anônima, 6 ed. revisada e atualizada, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2014.

grupal, “presume” a existência de um comportamento fraudulento (COMPARATO, SALOMÃO FILHO, 2014, p. 362).³⁴⁵

O presente trabalho não poderia chegar a um entendimento diverso do apresentado pelos autores. Caso fosse dispensada a necessidade de avaliação da reprovabilidade da conduta, não haveria que se discutir a atribuição da responsabilidade à controladora por ações ou omissões de suas controladas. Isto é, caso fosse admitida uma interpretação que entende a responsabilidade, por qualquer que seja o ilícito antitruste, como uma responsabilidade objetiva, vazio seria o debate a respeito do alcance da responsabilidade entre empresas do mesmo grupo, pois estaria dispensada a imputação subjetiva. É por isso, portanto, que Ana Frazão defende que as autoridades antitruste têm o dever de avaliar a reprovabilidade da conduta³⁴⁶.

No mesmo sentido, entende-se que, ao se tratar da responsabilidade por uma infração à ordem econômica, sempre será possível que a empresa se exima de responsabilização caso demonstre que não exercia controle (ou influência dominante do ponto de vista concorrencial) sobre a sociedade infratora, isto é, se a empresa não envolvida diretamente na conduta é capaz de provar que não influenciou o comportamento da infratora no mercado.

O próprio texto constitucional³⁴⁷ apenas autoriza a repressão aos abusos de poder econômico que têm por fim dominar o mercado, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, exaltando a necessidade de imputação subjetiva. Essa previsão é decorrência do princípio da individualização da pena, que exige que a reprovabilidade deve ser a medida da sanção, motivo pelo qual, não havendo reprovabilidade da conduta, perde-se até mesmo o parâmetro fundamental da dosimetria.³⁴⁸

Outro aspecto importante é a necessidade de apuração ou não dos efeitos da conduta ilícita perpetrada pela infratora para apuração da reprovabilidade e, em consequência, da atribuição de responsabilidade à controladora. Seria necessário que a controladora se beneficiasse direta ou indiretamente do fato ilícito investigado? Nesse caso, seria possível

³⁴⁵ Ibid., p. 362.

³⁴⁶ Processo Administrativo nº 08012.003048/2003-01. Voto da Conselheira Ana Frazão. 01 de outubro de 2014.

³⁴⁷ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

³⁴⁸ Voto proferido pela Conselheira Ana Frazão, em 01.10.2014, nos autos do Processo Administrativo nº 08012.003048/2003-01, pp. 51-52.

afirmar que a conduta ilícita da controlada refletiu as estratégias negociais da controladora, a qual, portanto, deveria ser punida?

Considerando que a infração antitruste tem tipicidade aberta e ainda pode ser considerada uma infração de perigo (dispensa a produção de efeitos), a união da responsabilidade independente de culpa, ou seja, sem aferição de sua reprovabilidade, é ainda mais problemática. Nesse caso, seria conferido às autoridades antitruste um poder punitivo desmesurado e ininteligível, dando margem a arbitrariedades.³⁴⁹

A Lei 12.529/2011, ao atribuir responsabilidade solidária às empresas integrantes de grupos econômicos pela conduta ilícita praticada por outra empresa do mesmo grupo, ampliou o polo passivo de uma obrigação, repercutindo sobre o direcionamento da exigibilidade do seu cumprimento a mais de uma pessoa.

Os tribunais brasileiros, por vezes, ao analisar o tema, têm atribuído responsabilidade pelo cumprimento de obrigações a pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo daquela originariamente obrigada. Para embasar esse entendimento, utilizam o argumento da existência de um controle comum entre as sociedades e de que elas teriam estruturas meramente formais. Aduz-se que a separação é meramente formal entre as empresas uma vez que elas constituem um só grupo econômico, com a mesma direção e que os negócios, nesse caso, são conduzidos tendo em vista os interesses do grupo e não os de cada uma das diversas sociedades.

Também já se autorizou a solidariedade em um grupo pelo fato de as sociedades exercerem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. O entendimento, pois, é no sentido de que, no grupo econômico, os negócios são realizados com interesse globalmente unificado, já que o controle é comum e unitário, sendo solidária, portanto, a responsabilidade entre todas as controladas.

Nesse sentido, pode-se citar o acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 12.872, Relatora Nancy Andrighi, de 24.06.2002, no qual se estendeu os efeitos da falência para outra empresa controlada pelos mesmos sócios da falida. A decisão, como já mencionado, fundamentou-se na existência de um controle comum entre as sociedades, defendendo que elas teriam estruturas meramente formais³⁵⁰.

³⁴⁹ Ibid., p. 53.

³⁵⁰ Processo civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Falência. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Desconsideração da personalidade jurídica da falida. Extensão do decreto falencial a outra sociedade do grupo. Possibilidade. Terceiros alcançados pelos efeitos da falência. Legitimidade recursal.

Em acórdão da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, o Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito ao fazer referência à desconsideração para atingir empresa do mesmo grupo ou conglomerado (de fato ou de direito), entendeu que quando ele servir para impedir fraudes e abusos de direito³⁵¹, deverá ser aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica à relação existente entre sociedades do mesmo grupo empresarial³⁵².

Diante do exposto e considerando as questões que o presente trabalho se propõe a discutir, é necessário analisar com maior cuidado as normas que regulam a responsabilidade solidária no direito antitruste. Para tanto, partir-se-á da análise do art. 17 da Lei 8.884/1994³⁵³ (antiga Lei de Defesa da Concorrência). O artigo dá ensejo a duas possíveis interpretações, conforme será demonstrado a seguir.

De acordo com a primeira interpretação, entende-se que não se permitia a investigação de uma pessoa jurídica em decorrência de ações de outra. A solidariedade a partir desse ponto de vista era possível somente nos casos em que ambas as empresas tivessem concorrido para a prática do ilícito.

Tal entendimento se torna evidente com o texto dado ao art. 33 da Lei 12.529/2011³⁵⁴ (nova Lei de Defesa da Concorrência). A substituição na lei do termo "praticarem" pelo "praticar" [infração à ordem econômica] evidencia que, para a lei anterior, era necessário que a sociedade empresária praticasse a infração para ser responsabilizada. Tal mudança revela que, segundo a lei anterior, apenas poderia haver a responsabilização por ato próprio, bastando, para

Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo.

Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.

Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio juízo falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando a defesa de seus direitos. (grifos nossos) (STJ, Terceira Turma, RMS 12872/SP, Rei. Min. Nancy Andrighy, j. 24/06/2002)

³⁵¹ Flagrante a intenção da "doutrina da penetração" de combater fraudes e abusos de direito, foi com essa motivação que o Acórdão embargado, ante as circunstâncias do caso, considerou válida a penhora de bem pertencente à embargante nos autos de ação movida contra outras sociedades do mesmo grupo empresarial. Assim é que, na hipótese dos autos, a "Disregard of Legal Entity" com origem na separação entre sócio e sociedade foi estendida à relação existente entre sociedades do mesmo grupo empresarial. (grifos nossos)

³⁵² A esse respeito, referir-se aos trabalhos mencionados na nota de rodapé 42.

³⁵³ Art. 17. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.

³⁵⁴ "Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica."

afastar a responsabilização, que se mostrasse que as demais empresas do grupo ou a controladora não são infratoras por não terem participado diretamente na infração.

Essa conclusão lógica que se retira da comparação entre a norma prevista na antiga lei e na nova, contudo, não é inquestionável. O artigo, como já dito, também pode ser interpretada de uma segunda maneira.

A partir desse segundo ponto de vista, pode-se inferir que o legislador de 1994 foi atécnico ao redigir o art. 17 da Lei 8.884. Isso porque, ao usar o termo “praticarem”, ele deixa claro que apenas responderão aquelas sociedades que tiverem participado de forma direta na infração. Nesse caso, em que todas as sociedades participam diretamente da infração, não há que se falar em solidariedade, já que elas estariam apenas sendo responsabilizadas pela infração que elas mesmas cometeram. Haveria, portanto, reprovabilidade.

Passando à análise do art. 33 da Nova Lei de Defesa da Concorrência, seria possível inferir que o legislador, com a nova redação dada à norma, abriu espaço para uma interpretação extensiva do dispositivo de maneira a se considerar de forma ampla a solidariedade, fazendo com que as consequências dessa solidarização pudessem ser impostas de maneira indiscriminada a outras sociedades empresárias que integrassem o mesmo grupo societário.

Tal interpretação é delicada, tendo em vista que a punição de uma infração administrativa não pode estar desvinculada da reprovabilidade da conduta, como já defendido.

Uma vez que a análise da reprovabilidade decorre de princípios constitucionais inafastáveis, é importante ressaltar que, ainda que se faça mais complexa a análise antitruste, não é possível desconsiderar tal análise ao aplicar uma punição.

Nesse contexto, é necessário identificar quais as entidades e condutas e de que maneira elas devem ser consideradas para a aplicação da norma. Não se questiona que quem exerce o poder deve ter a respectiva responsabilidade. Defende-se apenas que os parâmetros para tal responsabilização devem ser determinados de maneira clara, observando os óbices de certos princípios, especialmente quando se cogita uma interpretação extensiva da norma e a responsabilização de controladoras não apenas pelas multas impostas às suas subsidiárias, mas também por suas infrações.

Diante do exposto, conclui-se que não é possível a atribuição de punição sem que haja um juízo subjetivo, que leve em conta as intenções e características dos diferentes agentes a serem responsabilizados.

IV. Conclusão

Ante o exposto, é certo que a prática de ato em processo administrativo, cuja parte investigada é pessoa jurídica estrangeira, através de empresas nacionais integrantes do mesmo grupo econômico, é legítima. Isso porque, no que concerne à intimação/notificação das empresas estrangeiras, são infinitas as dificuldades impostas à cooperação internacional para a prática de atos processuais, o que pode comprometer a própria efetividade da investigação. Sendo assim, e por não representar imputação de pena pelo Estado, é razoável que esse meio seja utilizado.

Contudo, quando se trata do pagamento de débitos já constituídos, isto é, multas e condenações já aplicadas, não deve haver imputação do ônus à controladora se ela não participou do processo e se não lhe foi oportunizado o direito de defesa. Isso seria abusivo mesmo no plano da responsabilidade civil e com maior razão no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

Com relação à responsabilidade pela infração, conclui-se que ela exige um juízo subjetivo. Caso fosse admitida uma interpretação que entende a responsabilidade, por qualquer que seja o ilícito antitruste, como uma responsabilidade objetiva, vazio seria o debate a respeito do alcance da responsabilidade entre empresas do mesmo grupo. Nesse sentido, ao se tratar da responsabilidade por uma infração à ordem econômica, deve ser possível que a empresa controladora, ou qualquer outra do grupo econômico, se exima de responsabilização caso demonstre que não participou da conduta ou que não exercia controle sobre a sociedade infratora.

Isso nos leva a uma segunda conclusão: o art. 33 da Lei 12.529/2011 não pode ser aplicado de maneira genérica, no que se refere à responsabilização por infrações antitruste. Com efeito, a aplicação genérica agride uma série de garantias constitucionais aplicáveis ao processo administrativo sancionador, como os princípios da culpabilidade, do devido processo legal e da segurança jurídica. Essas garantias são ainda mais importantes quando se trata de grupos econômicos, conceito tão flexível e elástico, do ponto de vista societário, e tão importante jurídica e economicamente.

V. Referências Bibliográficas

ANTUNES, José Engrácia. **Estrutura e Responsabilidade da Empresa: O Moderno Paradoxo Regulatório**. Revista Direito GV, v.1 n.2, pp. 29-68, jun-dez 2005.

_____. Os Grupos de Sociedades. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

AMORIM, Raquel Rodrigues. **A aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos grupos societários: uma análise da doutrina e da jurisprudência do STJ**. Brasília, 2011.

COASE, Ronald H. **The Nature of the Firm**. Econômica, n. 4, 1937. Disponível em: <<http://www3.nccu.edu.tw/~jsfeng/CPEC11.pdf>>. Acesso em 04 de março de 2016.

COMPARATO, Fabio Konder; FILHO, Calixto Salomão. **O poder de controle na sociedade anônima**, 6 ed. revisada e atualizada, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2014.

FREITAS, Arystóbulo de Oliveira; ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. **Hipóteses de Responsabilidade Solidária e Decorrentes de Sucessão Empresarial na Lei de Empresa Limpa e Impacto nas Operações Societárias**. Revista do Advogado nº 125, Ano XXXIV, Dezembro de 2014.

HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos. **Os grupos societários como superação do modelo tradicional da sociedade comercial autônoma, independente e dotada de responsabilidade limitada**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/16705/Disserta%3F%3Fo%20-%20Pedro%20Ivan%20Vasconcelos%20Hollanda.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 04 de março de 2016.

MEDEIROS, Ana Rafaela M. de. **O abuso do poder de controle nas sociedades anônimas abertas: análise das decisões da CVM**, Brasília, 2012.

PAUER, Nada Ina. **The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law**. Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

PONDÉ, João Luiz, FAGUNDES, Jorge e POSSAS, Mario. **Custos de Transação e Política de Defesa da Concorrência**. Economia Contemporânea n. 2. Jul - Dez de 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Valesca Camargos. Grupos de Sociedades e Responsabilidade Intragrupal. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2014. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/u/201503/valescacamargossilvagruposdesociedadeseresponsabilida deintragrupal.pdf>>. Acesso em 04 de março de 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993.

WILLIAMSON, O. E. **The Economic Institutions of Capitalism**. Nova Iorque, Estados Unidos da América: The Free Press, 1985.

A tutela da concorrência no processo de desestatização da execução do serviço público de infraestrutura aeroportuária: interação institucional e promoção do investimento privado

Myller Kairo Coelho de Mesquita³⁵⁵

RESUMO

O estudo, dividido em quatro capítulos, analisa a tutela da concorrência no processo de desestatização da execução do serviço público de infraestrutura aeroportuária, especialmente no que concerne à atuação das autoridades públicas competentes, à interação institucional entre elas e à promoção do investimento privado. Diante da multiplicidade de atores do governo com competências complementares acerca da tutela da concorrência e do conseqüente risco de conflitos em prejuízo da segurança jurídica, sugerimos a criação de uma Autoridade Concorrencial de Desestatização.

Palavras-chave: concorrência, desestatização, aeroportos, infraestrutura, investimento.

ABSTRACT

This four-chapter paper deals with the promotion of competition in bidding process of the execution of the public service of airport infrastructure, especially when it comes to the role of public authorities in charge of competition, the institutional interaction among them and the promotion of private investment. In face of the multiplicity of government actors in charge of competition and, hence, the risk of conflicts that could jeopardize the legal certainty, we suggest the creation of the “Autoridade Concorrencial de Desestatização” (Competition Authority of Privatization).

Keywords: competition, privatization, airports, infrastructure, investment.

³⁵⁵ Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Direito Empresarial pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP). Afiliado ao Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Faculdade de Direito da UnB. Sócio do escritório Eduardo Antônio Lucho Ferrão – Advogados Associados.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A livre iniciativa no serviço público de infraestrutura aeroportuária; 2. Controle concorrencial do processo de concessão de aeroportos; 3. Autoridades responsáveis pela tutela da concorrência no processo de desestatização e suas atribuições; 3.1. Poder concedente e o Conselho Nacional de Desestatização (CND): a definição das premissas básicas da concessão de aeroportos; 3.2. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC): a modelagem dos editais de concessão e o exercício da competência concorrencial; 3.2.1. Limitação de participação societária de empresas aéreas; 3.2.2. Limitação de propriedade na concessão; 3.3. Tribunal de Contas da União (TCU): a função de controle externo da administração pública e a análise de editais de concessão dos aeroportos de Galeão/RJ e Confins/MG; 3.4. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; 3.4.1. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); 3.4.1.A. Controle prévio à desestatização de aeroportos; 3.4.1.A.i. O controle sobre normas e decisões regulatórias; 3.4.1.A.ii. O controle da estrutura e a controvérsia sobre os consórcios destinados à participação de licitações públicas; 3.4.1.A.iii. O controle da conduta e o combate a cartéis nas licitações públicas; 3.4.2. Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE): o foco na advocacia da concorrência e a contribuição aos editais de concessão; 4. A interação institucional entre as autoridades competentes acerca da tutela da concorrência e a sugestão de criação da autoridade concorrencial de desestatização (acd), vinculada ao conselho nacional de desestatização; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O estudo, dividido em quatro capítulos, analisa a tutela da concorrência no processo de desestatização da execução do serviço público de infraestrutura aeroportuária, especialmente no que concerne à atuação das autoridades públicas competentes, à interação institucional entre elas e à promoção do investimento privado.

No primeiro capítulo, abordamos a inserção da livre iniciativa no serviço público de infraestrutura aeroportuária.

No segundo capítulo, o destaque é a controvérsia sobre o controle concorrencial do processo de desestatização e a compatibilidade entre serviço público e as normas de concorrência.

No terceiro capítulo, apresentamos as autoridades competentes pela tutela da concorrência no processo de desestatização de aeroportos e tratamos da interação entre essas autoridades, destacando eventuais conflitos e complementariedades.

A partir dessa exposição, no quarto e último capítulo, destacamos a necessidade de

harmonia e resolução preventiva de conflitos jurídicos, a fim de garantir um ambiente regulatório com mais segurança jurídica, e, portanto, que conduza à redução de riscos calculados e precificados pelos investidores privados no momento da licitação.

Diante desse cenário, sugerimos a criação de uma Autoridade Concorrencial de Desestatização (ACD), com função de assessoramento do Conselho Nacional de Desestatização (CND), autoridade esta que contaria com o trabalho de representantes do CND, da ANAC, do TCU, do CADE e da SEAE.

No que concerne ao referencial bibliográfico, o estudo se pauta pelo exame das normas que regem a atuação dos entes e órgãos responsáveis pela tutela da concorrência no processo de desestatização dos aeroportos, além do estudo dos editais de concessão expedidos pela ANAC e da literatura especializada.

1. A LIVRE INICIATIVA NO SERVIÇO PÚBLICO DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA

De acordo com estudos da consultoria internacional McKinsey&Company – contratada pelo Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES) para realizar um relatório consolidado sobre o setor de transporte aéreo do Brasil –, dos 20 principais aeroportos do país, 13 não atendiam corretamente a demanda esperada de passageiros no ano de 2009³⁵⁶.

Tal diagnóstico apontava, com clareza, que o modelo de expansão da infraestrutura por meio da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO) havia se esgotado. À época, a empresa pública criada pela Lei nº 5.862/1972 administrava aeroportos responsáveis por mais de 95%³⁵⁷ do tráfego aéreo civil.

Nesse contexto, o Decreto nº 6.780/2009, que aprovou a Política Nacional de Aviação Civil, expôs a orientação do Governo Federal acerca da situação: “A cooperação entre órgãos e entidades da administração pública e do setor privado deve ser incentivada de modo a assegurar a continuidade, regularidade e pontualidade do serviço de transporte aéreo”³⁵⁸.

Definida a política de governo, passou-se à implementação da desestatização³⁵⁹ como

³⁵⁶ MCKINSEY & COMPANY. **Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil: Relatório Consolidado**, p. 9. Rio de Janeiro: McKinsey & Company, 2010. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario_executivo.pdf. Acesso em 24/12/2016.

³⁵⁷ Idem.

³⁵⁸ BRASIL. Decreto nº 6.780, de 18 de fevereiro de 2009.

³⁵⁹ Nos termos da do § 1º do art. 2º da Lei nº 9.491/1997: “Considera-se desestatização: a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade; b) **a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos**

forma de cooperação entre o setor público e o privado.

Embora não fosse novidade nos planos estadual e até municipal³⁶⁰, a delegação da infraestrutura aeroportuária ao setor privado pelo Governo Federal consiste em um fenômeno recente que remonta ao projeto pioneiro da concessão do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, incluído no Programa Nacional de Desestatização (PND), por meio do Decreto nº 6.373/2008.

Com um modelo próprio de concessão de exploração, estipulado pelo Decreto nº 7.205/2010, o Aeroporto de São Gonçalo do Amarante foi concedido em 2011.

Diante do êxito obtido com a concessão realizada, o Governo Federal empreendeu a concessão de outros 5 (cinco) aeroportos, divididos em 2 lotes. Para tanto, editou o Decreto nº 7.624/2011, que dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão.

No primeiro lote, de 2012, foram concedidos os aeroportos de Brasília, Viracopos e Guarulhos; no segundo, de 2013, Galeão e Confins.

Por uma decisão política, os editais de licitação dos dois lotes de concessão previram que a INFRAERO deveria figurar como acionista minoritária (49%) da Sociedade de Propósito Específico que passaria a administrar o aeroporto após a concessão.

Esse modelo de participação da INFRAERO, no entanto, deixou de ser utilizado na terceira rodada de leilões, que ocorreu em 16/03/2017. Nessa etapa, os aeroportos de Florianópolis, Fortaleza, Salvador e Porto Alegre foram concedidos integralmente à iniciativa privada.

2. CONTROLE CONCORRENCIAL DO PROCESSO DE CONCESSÃO DE AEROPORTOS

A livre concorrência é um princípio constitucional que rege a ordem econômica, nos termos do art. 170, inciso IV, da Constituição Federal. A fim de garantir a incidência desse princípio nas relações econômicas, a própria Carta Magna determinou que a lei deve reprimir

explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade. c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei” (Grifo nosso).

³⁶⁰ Vale dizer que “é pouco conhecido o fato de que a concessão de aeroportos à iniciativa privada já existia antes das concessões federais ocorridas somente da década de 2010. Alguns Estados e até mesmo 1 Município, que administravam aeroportos da União por meio de convênio de delegação da administração aeroportuária, já haviam realizado licitações com vistas à concessão aeroportuária (...). Tais concessões foram realizadas pelos Estados da Bahia, Mato Grosso do Sul e Pernambuco e, na esfera municipal, de forma pioneira, pelo Município de Cabo Frio/RJ.” OSORIO, Fernando. **O direito aeroportuário e a privatização de aeroportos no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 83.

o abuso do poder econômico que almeje a dominação dos mercados, bem como a eliminação da concorrência (art. 173, § 4º).

Contudo, no âmbito dos serviços públicos, a tutela da concorrência deve ser interpretada de modo sistemático, uma vez que o Estado é o titular da prestação desses serviços³⁶¹, consoante o art. 175 da Constituição Federal:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

Diante dessa norma constitucional, cabe observar que o serviço público pode ser prestado exclusivamente pelo Estado, de maneira direta. Alternativamente, o Poder Público pode optar por prestar o serviço mediante concessão, por exemplo, desde que tal delegação seja precedida de licitação.

Na hipótese de delegação, não haverá liberdade plena do particular. Ao contrário, a sua atuação deverá obedecer a regras, entre outras, de política tarifária, de adequação aos direitos dos usuários, previstas pela Constituição e reguladas pela Lei nº 8.987/1995.

Portanto, por ordem constitucional, a decisão sobre abrir o mercado de serviços públicos à iniciativa privada e em qual medida fazê-lo é estritamente uma questão de política, de governo.

Nesse sentido, Eduardo Jordão esclarece que:

“A exclusão dos deveres relativos à competitividade, para o âmbito da regulação dos serviços públicos, é explícita. Primeiro, porque se permite ao Poder Público prestar diretamente o serviço, mesmo que monopolisticamente. Segundo, porque se lhe autoriza expressamente o controle das tarifas e o estabelecimento de regras cogentes relativas à qualidade do serviço. Terceiro, porque do Poder Público se *exige* que controle a entrada nos mercados correspondentes a estes serviços. Note-se que, no tocante ao controle de entrada, a regra constitucional é até mesmo impositiva: se é serviço público, não está aberto à livre iniciativa dos operadores particulares. A prestação privada deste serviço dependerá de prévia concessão ou permissão do Poder Público. (...) A Constituição confere ao Poder Público (à União, aos Estados Membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, conforme as suas próprias competências) a *decisão política* de submeter ou não a prestação dos serviços públicos à racionalidade concorrencial, cabe-lhe ainda a decisão a propósito do grau e intensidade da competitividade que nele se estabelecer.”³⁶²

³⁶¹ A esse respeito, é importante salientar que os serviços de educação e saúde são livres à iniciativa privada, respeitadas as normas de regulação estatal (arts. 197, 199, 209, da Constituição Federal).

³⁶² JORDÃO, Eduardo. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 47-48. Em sentido diverso,

É por essa razão que é imune à tutela da concorrência a decisão política de manutenção da INFRAERO como acionista minoritária (49%) da Sociedade de Propósito Específico que passou a administrar os aeroportos após a concessão dos aeroportos de Brasília, Viracopos, Guarulhos, Galeão e Confins.

Contudo, no momento em que o Poder Público decide pela delegação do serviço público ao setor privado, é certo que deverá proceder à licitação, momento em que a tutela da concorrência deverá incidir. De fato, como ensina Calixto Salomão Filho: “os princípios concorrenciais são perfeitamente aplicáveis ao processo licitatório que antecede a concessão”.³⁶³

Desse modo, vale questionar quais são as autoridades competentes pela tutela da concorrência no processo de desestatização dos aeroportos e como essas autoridades se relacionam entre si.

3. AUTORIDADES RESPONSÁVEIS PELA TUTELA DA CONCORRÊNCIA NO PROCESSO DE DESESTATIZAÇÃO E SUAS ATRIBUIÇÕES

3.1. Poder concedente e o Conselho Nacional de Desestatização (CND): a definição das premissas básicas da concessão de aeroportos

A delegação da execução do serviço público de infraestrutura aeroportuária à iniciativa privada consiste na concretização do Programa Nacional de Desestatização, regido pela Lei nº 9.491/1997. Entre os objetivos fundamentais desse programa, encontra-se o de ampliar a

Vitor Rhein Shirato entende que: “parece-nos infundada a invocação de uma inaplicabilidade das normas de direito da concorrência aos serviços públicos, na medida em que nem o regime de direito público tem o conteúdo que se lhe impõe (o qual, mencione-se, não encontra abrigo no direito positivo), nem a titularidade estatal predica qualquer forma de exclusividade que possa afastar as regras do direito da concorrência. Em nossa óptica, a resistência existente em se assegurar aos serviços públicos a incidência das normas do direito da concorrência é muito mais decorrente dos argumentos ideológicos (...). A partir do momento em que a Constituição Federal consagra a *livre concorrência como um princípio jurídico* (que, como dito, *prima facie*, não encontra limites) e, sobretudo, a partir do momento em que o regime constitucional dos serviços públicos não predica um afastamento *a priori* da livre iniciativa, nem muito menos qualquer forma de exclusividade em favor do Estado, não há razões para não se aplicar aos serviços públicos as regras regentes da livre concorrência. Muito ao contrário, a inexistência de restrições *a priori* da livre iniciativa com relação aos serviços públicos faz com que a aplicação do *princípio da livre concorrência* seja uma decorrência natural e obrigatória”. SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 149-150. Respeitada a posição divergente, vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que “Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 46**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020 RTJ VOL-00223-01 PP-00011.

³⁶³ FILHO, Calixto Salomão. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 143. **Apud** JORDÃO, Eduardo. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 51.

competitividade do setor privado. Vejamos:

“Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais: (...)IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, **ampliando sua competitividade** e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; (...)” (Grifo nosso).

A desestatização é um processo complexo que envolve planejamento, estruturação do projeto, leilão e contratação³⁶⁴.

Compete ao Conselho Nacional de Desestatização (CND)³⁶⁵ aprovar a modalidade operacional a ser aplicada a cada desestatização, bem como as condições aplicáveis às desestatizações (art. 6º, I, a, c, da Lei nº 9.491/1997). Nesse sentido, vale dizer que a concessão de serviços públicos é prevista como uma das modalidades operacionais possíveis de execução da desestatização (art. 4º, inc. VI, da Lei nº 9.491/1997).

No ordenamento jurídico nacional, é a Lei nº 8.987/1995 a responsável por regular as concessões de serviço público, em observância ao art. 175 da Constituição Federal.

O art. 29, inciso XI, da Lei nº 8.987/1995, estipula que ao poder concedente incumbe “incentivar a competitividade”. Além disso, em deferência ao princípio da livre concorrência, o art. 16 da mesma lei determina que: “A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada”.

No que concerne especificamente ao setor aéreo, é importante analisar o Decreto nº 7.624/2011, que dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão.

De acordo com esse diploma legal, o poder concedente está autorizado a estipular restrições quanto à obtenção e à exploração da concessão, a fim de preservar a concorrência entre aeródromos. Além disso, o mesmo Decreto autorizou a ANAC a restringir a propriedade cruzada entre empresas de transporte aéreo e as concessionárias de serviço público. Vejamos:

“Art. 15. A fim de assegurar as condições de concorrência, o poder concedente poderá estabelecer as seguintes restrições quanto à obtenção e à exploração da concessão, dentre outras, observadas as atribuições do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência:

³⁶⁴ BRASIL. Banco Nacional do Desenvolvimento. As etapas do processo de desestatização. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/noticias/noticia/infografico-etapas-desestatizacao>. Acesso em: 10/01/2017.

³⁶⁵ O CND é composto pelos seguintes membros, de acordo com o art. 5º da Lei nº 9.491/1997: (i) Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, na qualidade de Presidente; (ii) Chefe da Casa Civil da Presidência da República; (iii) Ministro de Estado da Fazenda; (iv) Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão. Nas reuniões do CND, o BNDES terá um representante sem direito a voto (§ 3º art. 5º da Lei nº 9.491/1997).

I - regras destinadas a preservar a concorrência entre aeródromos;
II - disposições para a atuação do concessionário na prestação de serviços auxiliares às empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo; e
III - regras de atuação do concessionário relativas à cessão de áreas às empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo.
Art. 16. A critério da ANAC, **poderá ser limitada a participação direta ou indireta de empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo no capital do concessionário, bem como a participação deste ou de seus sócios, direta ou indiretamente, no capital de empresas prestadoras de serviços de transporte aéreo**” (Grifo nosso).

No que diz respeito à preservação da concorrência entre aeroportos, o Conselho Nacional de Desestatização, órgão superior de decisão do Programa Nacional de Desestatização, diretamente subordinado ao Presidente da República, aprovou a concessão dos dois primeiros lotes de concessão com uma importante determinação.

Nos termos da Resolução CND 11/2011, que aprovou a concessão dos aeroportos de Brasília, Viracopos, Guarulhos, estes aeroportos deveriam “ser concedidos para grupos econômicos distintos, conforme estabelecido no Edital de Concessão” (art. 1º, §1º).

Na mesma toada, a Resolução CND 15/2013, que aprovou a concessão dos aeroportos de Galeão e de Confins, também estipulou que: “Os referidos aeroportos deverão ser concedidos para grupos econômicos distintos, conforme estabelecido no Edital de Concessão”. Além disso, facultou à ANAC “estabelecer restrições à participação, de natureza regulatória e concorrencial” (art. 3º, caput e parágrafo único).

Portanto, como se vê, o poder concedente tem um importante papel a respeito da tutela da concorrência no processo de desestatização. Principalmente, no que concerne ao estabelecimento de normas fundamentais de política de governo acerca da modelagem da licitação.

Não fosse isso o bastante, a despeito da independência autárquica, vale pontuar que o art. 3º da Lei nº 11.182/2005 prevê que “A Anac, no exercício de suas competências, deverá observar e implementar as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal, especialmente no que se refere a: (...) V – a aplicabilidade do instituto da concessão ou da permissão na exploração comercial de serviços aéreos”.

3.2. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC): a modelagem dos editais de concessão e o exercício da competência concorrencial

De acordo com o art. 8º da Lei nº 11.182/2005, compete à ANAC conceder a exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte:

“Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe: (...) XXIV – conceder ou autorizar a exploração da infra-estrutura aeroportuária, no todo ou em parte;”.

No que tange à tutela da concorrência, o art. 6º da Lei nº 11.182/2005 expressamente prevê que a ANAC deverá harmonizar suas ações nessa área com órgãos e entidades federais também competentes sobre a matéria. Vejamos:

“Art. 6º Com o objetivo de harmonizar suas ações institucionais na área da defesa e promoção da concorrência, a ANAC celebrará convênios com os órgãos e entidades do Governo Federal, competentes sobre a matéria. Parágrafo único. Quando, no exercício de suas atribuições, a ANAC tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração contra a ordem econômica, ou que comprometa a defesa e a promoção da concorrência, deverá comunicá-lo aos órgãos e entidades referidos no caput deste artigo, para que adotem as providências cabíveis.”

Na modelagem dos editais de licitação, a ANAC tem exercido a sua função regulatória e concorrencial ao estipular limitações à propriedade na concessão, bem como à participação societária de empresas aéreas.

3.2.1. Limitação de participação societária de empresas aéreas

Nos últimos editais de concessão lançados pela ANAC, a limitação da participação das empresas aéreas variou, conforme é possível observar na tabela abaixo:

Tabela 1 – Dispositivos dos editais de concessão sobre a limitação de participação societária de empresas aéreas.

	Disposição do edital
Edital 1/2011: Aeroporto São Gonçalo do Amarante. ³⁶⁶	“3.14. As Empresas aéreas, suas Controladoras, Controladas e Coligadas, não poderão participar deste Leilão isoladamente, sendo admitida a sua participação como membro de consórcio desde que observadas as seguintes condições: 3.14.1. participação máxima no Consórcio, considerando a consolidação das participações diretas e indiretas, limitada a 10% (dez por cento) ; e 3.14.2. vedação à previsão, por qualquer forma, inclusive acordo de acionistas, de participação na administração da SPE, ficando impossibilitada de eleger membros do Conselho de Administração ou da Diretoria enquanto vigente o Contrato de Concessão.”
Edital 2/2011: Aeroportos de Brasília, Campinas e Guarulhos. ³⁶⁷	“3.17. É admitida a participação de Empresas Aéreas, suas Controladoras, Controladas e Coligadas, bem como as Controladas e Coligadas das

³⁶⁶ BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Edital do leilão Nº 01/2011.**

³⁶⁷ BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Edital do leilão Nº 2/2011.**

	<p>Controladoras e das Controladas das Empresas Aéreas como membro de Consórcio, observadas as seguintes condições:</p> <p>3.17.1. participação máxima na Concessionária, considerando a consolidação das participações diretas e indiretas, limitada a 2% (dois por cento); e</p> <p>3.17.2. vedação à previsão, por qualquer forma, inclusive acordo de acionistas, de participação na administração do Acionista Privado e da Concessionária, ficando impossibilitada de eleger membros do Conselho de Administração ou da Diretoria enquanto vigente o Contrato de Concessão.”</p>
Edital 1/2013: Aeroportos de Galeão e Confins ³⁶⁸ .	<p>“3.21. As Empresas Aéreas, suas Controladoras, Controladas e Coligadas não poderão participar deste Leilão isoladamente, bem como as Controladas e Coligadas das Controladoras e das Controladas das Empresas Aéreas.</p> <p>3.22. É admitida a participação de Empresas Aéreas, suas Controladoras, Controladas e Coligadas, bem como as Controladas e Coligadas das Controladoras e das Controladas das Empresas Aéreas como membro de Consórcio, observadas as disposições da presente cláusula.</p> <p>3.22.1. Uma ou mais Empresas Aéreas não poderão participar com mais de 4% (quatro por cento) no Consórcio, considerada a soma de suas participações.</p> <p>3.22.2. Para fins do disposto no item 3.22.1 acima, serão consideradas, cumulativamente, a participação no consórcio de quaisquer das pessoas jurídicas mencionadas o item 3.22.”</p>
Edital 1/2016: Aeroportos de Porto Alegre, Salvador, Florianópolis e Fortaleza ³⁶⁹ .	<p>“3.18. É admitida a participação de Empresas Aéreas, suas Controladoras, Controladas e Coligadas, bem como as Controladas e Coligadas das Controladoras e das Controladas das Empresas Aéreas como membro de Consórcio, observadas as disposições do presente item.</p> <p>3.18.1. Uma ou mais Empresas Aéreas não poderão participar com mais de 2% (dois por cento) no Consórcio, considerada a soma de suas participações.</p> <p>3.18.1.1 Para fins do disposto no item 3.18.1 acima, serão consideradas, cumulativamente, a participação no consórcio de quaisquer das pessoas jurídicas mencionadas no item 3.18.</p> <p>3.18.1.2 Caso o Operador Aeroportuário que atenda os requisitos de Habilitação Técnica previstos na Subseção IV da Seção V do Capítulo IV deste Edital se enquadre em uma das situações prevista no item 3.18, sua participação no Consórcio não será considerada para verificação do limite de que trata o item 3.18.1, sendo aplicáveis as regras específicas do Contrato de Concessão, exceto quando tal participação se der diretamente por meio da Empresa Aérea no Consórcio.”</p>

Fonte 1³⁷⁰

Essa limitação da propriedade cruzada de empresas aéreas e concessionárias de infraestrutura aeroportuária tem como finalidade a preservação da competição entre as empresas aéreas, de modo a evitar condutas desleais no mercado da aviação civil.

A esse respeito, Rafael Chambarelli explica que:

³⁶⁸ BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Edital do leilão N° 01/2013.**

³⁶⁹ BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Edital do leilão N° 01/2016.**

³⁷⁰ Elaboração própria a partir dos editais citados (Grifo nosso).

“A influência relevante na operação de aeroportos centrais por uma companhia aérea traduzir-se-ia em um incentivo perverso à prática de concorrência desleal, por meio da restrição de acesso das empresas concorrentes à infraestrutura do aeroporto. Sem risco de incorrer em exagero, pode-se afirmar que o principal ativo de uma companhia aérea é o aeroporto, ou seja, um dos principais fatores de vantagem competitiva de uma companhia aérea em um dado mercado são os horários de voos a elas disponibilizados nos aeroportos. (...) A imposição de limites à participação das companhias aéreas afigurou-se, portanto, como mais uma medida tomada com o fito em garantir a concorrência nos serviços públicos, por meio da separação entre o gestor da infraestrutura e o efetivo prestador do transporte aéreo.”³⁷¹

Portanto, bem se vê que a restrição à participação das empresas aéreas consiste em uma manifestação da tutela da concorrência promovida pela ANAC.

3.2.2. Limitação de propriedade na concessão

Na modelagem das licitações, a ANAC também reservou especial atenção à limitação de propriedade cruzada nas concessões, a fim de garantir a concorrência entre os aeroportos e “estimular a entrada de um maior número possível de operadores aeroportuários no país, visando à geração de benchmarking a respeito das melhores práticas de gestão aeroportuária”³⁷².

A competição entre aeroportos ocorre por diferentes formas, a saber: (i) competição por tráfego de conexão (doméstico e internacional), (ii) competição por tráfego de carga, (iii) competição por destino, (iv) competição por contratos, (v) competição por local compartilhado.³⁷³

Nesse contexto, a opção pela limitação da propriedade cruzada decorreu de um estudo internacional sobre as melhores práticas de desestatização. Nesse sentido, o Departamento de Regulação e Concorrência da Secretaria de Política Regulatória de Aviação Civil da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República esclarece que:

“A experiência internacional examinada demonstrou que essa preocupação não é desarrazoada no caso das concessões aeroportuárias. Conforme mostrou o processo

³⁷¹ CHAMBRARELLI, Rafael Lopes. “A concessão da infraestrutura aeroportuária: construção do modelo brasileiro”. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (coords.). **A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 337.

³⁷² BRASIL. Departamento de Regulação e Concorrência da Secretaria de Política Regulatória de Aviação Civil da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República. **Nota Técnica nº 21/DER/SPR/SAC-PR**, p. 33. Disponível em: <http://www.aviacao.gov.br/assuntos/concessoes-de-aeroportos/novas-concessoes/nota-tecnica-no-021-derc-spr-sac-pr-possiveis-restricoes-a-participacao-de-agentes-privados-nas-concessoes.pdf>. Acesso em 10/01/2017.

³⁷³ BRASIL. Departamento de Regulação e Concorrência da Secretaria de Política Regulatória de Aviação Civil da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República. **Nota Técnica nº 21/DER/SPR/SAC-PR**, p. 3. Disponível em: <http://www.aviacao.gov.br/assuntos/concessoes-de-aeroportos/novas-concessoes/nota-tecnica-no-021-derc-spr-sac-pr-possiveis-restricoes-a-participacao-de-agentes-privados-nas-concessoes.pdf>. Acesso em 10/01/2017.

de privatização britânico, a despreocupação inicial com a propriedade comum de diversos aeroportos levou a um problema de subinvestimento e de dificuldade da ação regulatória por parte do Estado, causados tanto pela falta de concorrência entre os diferentes ativos como pela ausência de informações independentes para serem utilizadas pelo órgão regulador.

Já no caso mexicano, e especialmente no australiano, a restrição à participação cruzada entre os principais aeroportos propiciou a introdução de um sistema com maiores incentivos à concorrência e que permite a comparação de cada um dos diferentes operadores em termos de qualidade de serviço e eficiência.”³⁷⁴

Assim, ciente da importância da promoção da competição entre aeródromos, a ANAC previu regras restritivas acerca da participação cruzada entre aeroportos nos editais que se seguiram à concessão do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante. Vejamos:

Tabela 2 – Dispositivos dos editais de concessão sobre limitação de propriedade na concessão.

	Disposição do edital
Edital 2/2011: Aeroportos de Brasília, Campinas e Guarulhos. ³⁷⁵	<p>“3.2. Não será permitida a participação de membro consorciado, suas Coligadas, Controladas, Controladora, ou sob controle comum, em mais de um Consórcio, ainda que com participações ou membros distintos entre si, ou isoladamente, ainda que relativo à proposta para outro Aeroporto.</p> <p>3.3. Uma mesma entidade, suas Controladoras, Controladas, Coligadas, ou entidades sob controle comum, isoladamente ou em Consórcio, somente poderão ser vencedoras de um dos Aeroportos objeto deste Edital, devendo observar as regras aplicáveis ao Leilão.”</p>
Edital 1/2013: Aeroportos de Galeão e Confins ³⁷⁶ .	<p>“3.18. Os acionistas dos Acionistas Privados das concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária federal definidas pelo Leilão nº 2/2011, suas Controladoras, Controladas e Coligadas não poderão participar deste Leilão isoladamente, bem como as Controladas e Coligadas das Controladoras e das Controladas dos referidos acionistas.</p> <p>3.19. É admitida a participação dos acionistas dos Acionistas Privados das concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária federal definidas pelo Leilão nº 2/2011, suas Controladoras, Controladas e Coligadas, bem como as Controladas e Coligadas das Controladoras e das Controladas dos referidos acionistas como membro de Consórcio, observadas as disposições da presente cláusula.</p> <p>3.19.1. Um ou mais dos referidos acionistas não poderão ter participação igual ou superior a 15% (quinze por cento) do Consórcio, considerada a soma de suas participações.</p> <p>3.19.2. Para fins do disposto no item 3.19.1 acima, serão consideradas cumulativamente, a participação</p>

³⁷⁴ **Idem**, p. 53.

³⁷⁵ BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. EDITAL DO LEILÃO Nº 2/2011.

³⁷⁶ BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. EDITAL DO LEILÃO Nº 01/2013.

	<p>no Consórcio de quaisquer das pessoas jurídicas mencionadas no item 3.19.</p> <p>3.20. Em qualquer hipótese, a participação das entidades indicadas no item 3.18 estará sujeita à vedação à previsão, por qualquer forma, inclusive acordo de acionistas, de participação na administração do Acionista Privado e da Concessionária, ficando impossibilitada de eleger membros do Conselho de Administração ou da Diretoria.”</p>
<p>Edital 1/2016: Aeroportos de Porto Alegre, Salvador, Florianópolis e Fortaleza³⁷⁷.</p>	<p>“3.2. Não será permitida a participação de membro consorciado, suas Coligadas, Controladas, Controladora, ou sob controle comum, em mais de um Consórcio, ainda que com participações ou membros distintos entre si, ou isoladamente, ainda que relativo à proposta para outro Aeroporto.</p> <p>3.3. Uma mesma entidade, suas Controladoras, Controladas, Coligadas, ou entidades sob controle comum, isoladamente ou em Consórcio, somente poderão ser vencedoras de até dois dos Aeroportos objeto deste Edital, devendo observar as regras aplicáveis ao Leilão, em especial o disposto no item 5.25.</p> <p>(...)</p> <p>5.25. Só poderá ser adjudicado um único Aeroporto de cada Região Geográfica por Proponente.”</p>

Fonte 2³⁷⁸

Vale dizer que a restrição de participação nas concessões, longe de embaraçar a livre concorrência, mostrou, para o regulador, ser um meio profícuo de garantir a eficácia desse princípio da ordem econômica.

Especificamente a respeito das limitações de participação de vencedores da licitação da concessão do aeroporto de Guarulhos (Edital 2/2011) no processo de desestatização do aeroporto do Galeão (Edital 1/2013, vide itens 3.18 e seguintes supra), o Departamento de Regulação e Concorrência da Secretaria de Política Regulatória de Aviação Civil da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República observou, em 2013, que:

“Esses dois aeroportos são responsáveis por, atualmente, 84% do tráfego internacional de passageiros no país, o que denota uma estrutura extremamente concentrada no mercado internacional de aviação civil brasileiro. Logo, a permissão de que os sócios da concessão de Guarulhos detenham também participação relevante nas decisões e acesso as (sic) informações relevantes do aeroporto de Galeão significaria consentir que uma única empresa privada acumulasse mais de 80% de um mercado de importância significativa para a sociedade brasileira.”³⁷⁹

³⁷⁷ BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. EDITAL DO LEILÃO Nº 01/2016.

³⁷⁸ Elaboração própria partir dos editais citados.

³⁷⁹ BRASIL. Departamento de Regulação e Concorrência da Secretaria de Política Regulatória de Aviação Civil da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República. **Nota Técnica nº 33/DER/SPR/SAC-PR**, p. 60.

A esse respeito, Marcos Juruena Villela Souto é preciso ao dizer que:

“O objetivo dos programas de desestatização não é transformar monopólios públicos em monopólios privados, buscando-se, com este processo de transferência de competências para a iniciativa privada, uma eficiência e uma agilidade que o setor público não tem. O meio natural de obtenção deste resultado é através da competição, oferecendo aos consumidores de bens e serviços públicos opções de escolha de preço e qualidade que não estão disponíveis em situações de monopólio.”³⁸⁰

Diante do exposto, observa-se que a ANAC vem desempenhando a sua competência concorrencial no desenho dos editais de licitação.

3.3. Tribunal de Contas da União (TCU): a função de controle externo da administração pública e a análise de editais de concessão dos aeroportos de Galeão/RJ e Confins/MG

O TCU é o órgão que auxilia³⁸¹ o Congresso Nacional a realizar o controle externo da União e das entidades da administração direta e indireta no que concerne à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade, à aplicação das subvenções e à renúncia de receitas (art. 70 c/c 71 da CF).

A fiscalização dos processos de desestatização fundamenta-se na Instrução Normativa nº 27/1998 do TCU, segundo a qual:

“Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União compete acompanhar, fiscalizar e avaliar os processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal, compreendendo as privatizações de empresas, inclusive instituições financeiras, e as concessões, permissões e autorizações de serviço público, nos termos do art. 175 da Constituição Federal e das normas legais pertinentes.”

No âmbito da concessão de aeroportos, a atuação do TCU se destacou diante da análise prévia do Edital de licitação dos aeroportos do Galeão e Confins.

Duas questões principais chamaram a atenção da Corte Federal de Contas: (i) a limitação de participação de acionistas vencedores do edital de concessão anterior, prevista pela ANAC e (ii) o requisito de experiência prévia em processamento de passageiros, determinado pela

³⁸⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 493.

³⁸¹ Apesar da utilização do termo “auxílio” pela Constituição, o STF já se manifestou no sentido de que: “Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4190 MC-REF**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2010, DJE-105 DIVULG 10-06-2010 PUBLIC 11-06-2010 EMENT VOL-02405-02 PP-00313 RTJ VOL-00213-01 PP-00436 RT v. 100, n. 911, 2011, p. 379-404.

Resolução nº 2/2013 do Conselho Nacional de Desestatização, segundo a qual: “O operador aeroportuário deverá comprovar experiência prévia no processamento mínimo de 35 milhões de passageiros anuais em um único aeroporto”.

Em um primeiro momento, o TCU, por meio do Acórdão nº 2466/2013-Plenário, entendeu que as duas limitações da competitividade do certame careceriam de justificativa adequada. Desse modo, resolveu:

“condicionar a publicação do respectivo edital à adoção das seguintes providências pelo Conselho Nacional de Desestatização, pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República e pela Agência Nacional de Aviação Civil:
9.2.1. em observância aos princípios da motivação, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, aos arts. 37, inciso XXI, da Constituição de 1988, 14 da Lei 8.987/1995, 3º e 30 da Lei 8.666/1993 e à súmula TCU 263/2011, inclusão no processo de concessão, expressamente, dos fundamentos legais e técnicos (além daqueles constantes da Nota Técnica 001/DERC/DEOUT/SPR/SAC-PR) da exigência de experiência em processamento de passageiros e da restrição à participação no leilão de acionistas das atuais concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária, de forma a demonstrar, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes ao objeto licitado.”

Prestados os esclarecimentos pelas autoridades competentes, o TCU, na oportunidade do Acórdão nº 2666/2013, considerou justificável a limitação de participação de acionistas de concessionárias no futuro certame, mas rechaçou os fundamentos apresentados acerca da habilitação técnica dos licitantes. Nos termos do referido acórdão, o TCU decidiu:

“9.1. considerar que os fundamentos legais e técnicos incluídos no processo de concessão sob apreciação, em face da determinação contida no item 9.2.1 do acórdão 2.466/2013 – Plenário, relativamente à restrição à participação dos atuais concessionários de serviços públicos de infraestrutura aeroportuária no leilão de concessão dos aeroportos de Galeão/RJ e Confins/MG, são consistentes, embasam e justificam, técnica e juridicamente, a decisão do poder concedente em proceder à referida exigência;
9.2. considerar que os fundamentos legais e técnicos incluídos no processo de concessão sob apreciação, em face da determinação contida no item 9.2.1 do acórdão 2.466/2013 – Plenário, relativamente à exigência de demonstração de qualificação técnica em termos de processamento de passageiros, nos volumes estabelecidos no parágrafo único do art. 6º da Resolução CND 2/2013, não são consistentes, não embasam nem justificam, técnica e juridicamente, a decisão do poder concedente em proceder à referida exigência.”

A respeito da qualificação técnica, o TCU recomendou ao Conselho Nacional de Desestatização, à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República e à Agência Nacional de Aviação Civil:

“9.3.1. previamente à publicação do edital para concessão dos aeroportos do Galeão e de Confins, desenvolvam estudos técnicos necessários e suficientes para definir os critérios para comprovação de qualificação técnica do operador aeroportuário, restringindo as exigências editalícias ao que for devidamente fundamentado por esses estudos, submetendo-as, acompanhadas de seus fundamentos, à apreciação do TCU; ou
9.3.2. restrinjam as exigências editalícias relativas à comprovação de qualificação técnica do operador aeroportuário, de forma que a exigência de processamento de passageiros não ultrapasse os valores projetados para o fluxo de passageiros, no exercício de 2014 (data de início prevista para a concessão), em cada um dos aeroportos sob processo de concessão;”.

Diante da recomendação do TCU, o Conselho Nacional de Desestatização resolveu alterar os requisitos da habilitação técnica em prestígio da competitividade do processo licitatório, como observam Jéssica Acocella e Juliana Rangel:

“com vistas a atender às recomendações do TCU, dada a pendência de fundamentação suficiente e razoável relativa à exigência de comprovação de experiência prévia do consórcio licitante na operação de aeródromos, o governo federal, por meio do Conselho Nacional de Desestatização, editou a Resolução CND 15/2013, de 2 de outubro de 2013, a qual, entre outras disposições, alterou, em seu Artigo 11, o parágrafo único do Artigo 6º da Resolução CND 02/2013, de modo a reduzir os quantitativos exigidos de processamento de passageiros anuais em um único aeroporto para 22 milhões e 12 milhões, aplicáveis, respectivamente, à concessão do aeroporto do Galeão e do aeroporto de Confins. Tal previsão, ao reduzir o quantitativo de movimentação anual de passageiros para fins de comprovação da capacidade técnica do consórcio licitante, buscou seguir as orientações do TCU, com o objetivo, portanto, de aumentar a competitividade no certame.”³⁸²

Ainda que se possa questionar os limites de atuação do TCU sobre técnica e política das decisões envolvidas em um processo de desestatização³⁸³, é certo que o órgão vem contribuindo para que as autoridades responsáveis pela licitação sejam transparentes em relação aos fundamentos das restrições à competitividade³⁸⁴.

³⁸² ACOCELLA, Jéssica. RANGEL, Juliana Cabral Coelho. **O papel regulatório e de fomento das licitações públicas**. Revista do BNDES nº 40, p. 297. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev4008.pdf. Acesso em: 18/01/2017.

³⁸³ Acerca da relação entre o TCU e as agências reguladoras, Luís Roberto Barroso assevera que: “Nada, rigorosamente nada, no texto constitucional o [Tribunal de Contas] autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características de uma Agência Reguladora. Não pode o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço a ele reservado pela Constituição e pelas leis. (...) É fora de dúvida, assim, que o Tribunal de Contas não pode avançar sua atividade fiscalizatória sobre a atividade-fim da agência reguladora, em clara violação ao princípio fundamental da separação de Poderes. Logo, não pode o Tribunal de Contas, por exemplo, questionar decisões político-administrativas das agências reguladoras, tampouco requisitar planilhas e relatórios expedidos pela agência ou por concessionário, que especifiquem fiscalização e procedimentos adotados na execução contratual”. BARROSO, Luís Roberto. “Apontamentos sobre as agências reguladoras”. In: MORAES, Alexandre de. **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 129-130.

³⁸⁴ Conforme consta do Relatório do Acórdão do TCU nº 2666/2013-Plenário, não cabe à Corte Federal de Contas “substituir a Agência em seu conhecimento técnico, até porque é entendimento nesta Corte de que, no controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, o TCU deve atuar de forma complementar, exercendo uma fiscalização de segunda ordem, preservando ao máximo o âmbito de competência dessas entidades públicas (v. voto do Min. Benjamin Zymler no Acórdão 2.023/2004-TCU-Plenário e voto do Min. José Múcio no Acórdão 2.241/2013-TCU-Plenário).” A respeito dos limites de

De todo modo, como pôde ser observado, o TCU, em suas decisões, não questionou em si as restrições à competição, mas se ateu à falta de correlação entre essas restrições e suas respectivas justificativas (ou a ausência delas). Mesmo assim, é necessário observar que a ausência de limites claros acerca da competência do TCU sobre atos regulatórios, especialmente no que concerne à tutela da concorrência em editais de concessão, conduz a uma situação de indesejável insegurança jurídica, seja para as autoridades públicas envolvidas na modelagem da desestatização, seja para os agentes privados interessados em participar da licitação.

3.4. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos do art. 3º da Lei nº 12.529/2011, é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda.

3.4.1. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é a autarquia federal responsável pela análise prévia dos atos de concentração e a punição das infrações à ordem econômica, consoante determinação do art. 4º da Lei nº 12.529/2011³⁸⁵.

Nos próximos tópicos, será analisada a competência do CADE no processo de desestatização de aeroportos, relativamente ao controle prévio à desestatização.

3.4.1.A. Controle prévio à desestatização de aeroportos

3.4.1.A.i. O controle sobre normas e decisões regulatórias

Diferente da missão constitucional do TCU, o CADE não realiza o controle externo da administração pública e sua competência restringe-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”, nos termos do art. 31 da Lei nº 12.529/2011.

atuação do TCU, ver: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. “Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites”. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público/Direito GV/Malheiros Editores, 2013, p. 182-185.

³⁸⁵ “Art. 4º O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.”

Nesse sentido, Patrícia Sampaio explica que “a competência do CADE para impor decisões a pessoas jurídicas de direito público limita-se às situações em que essas atuem como agentes econômicos, como ocorre, por vezes, com algumas autarquias que prestam serviços públicos econômicos (...)”³⁸⁶. Desse modo, a lei não confere ao CADE competência “para rever atos normativos e decisórios das agências reguladoras no exercício de suas competências legalmente atribuídas”³⁸⁷.

Com efeito, ainda acerca da conformidade concorrencial das regras setoriais, vale citar a posição de Alexandre dos Santos Aragão. Segundo o doutrinador, o controle do CADE sobre essas normas poderia afetar a própria organização administrativa. Vejamos:

“Ainda quando se considera que a regra setorial violou o direito da concorrência, aplicável em todas as esferas federativas, o seu *enforcement* será mais efetivo através de mecanismos processuais civis do que por atos administrativos do CADE, cuja própria jurisprudência tem reconhecido que nesses casos, ainda mais se tratando de serviço público estadual ou municipal, não tem poder de anulação direta do ato considerado lesivo à concorrência, podendo apenas solicitar ao órgão regulador, ao Ministério Público, ao Judiciário ou ao próprio poder concedente, a adoção das providências necessárias à preservação da competição. Do contrário, basta imaginarmos o quão desvirtuador do princípio federativo, da hierarquia das fontes do direito, dos princípios de harmonia da organização administrativa e da independência das agências reguladoras seria se o CADE pudesse, ainda que em uma correta aplicação do direito concorrencial, suspender uma licitação, anular uma resolução de agência ou declarar a nulidade de uma lei estadual que sem razoabilidade restringisse a concorrência.”³⁸⁸

Na linha do que foi explicitado acima, Caio Mário da Silva Pereira Neto e José Inácio F.A. Prado Filho lembram que o CADE segue orientação institucional de deferência aos entes públicos, notadamente quando analisa processos de desestatização.

No âmbito do julgamento de um Ato de Concentração (AC nº 08012.005516/2011-11) no mercado de gás canalizado (serviço público estadual), os autores observaram que:

“o caso que envolve a concessionária de Goiás (i.e., Goiásgás) levou o Conselheiro Cleveland Prates a sugerir que o CADE deveria ter uma postura mais forte de advocacia da concorrência, incluindo uma participação ativa na modelagem de certos projetos de concessão, **apesar de reconhecer que o Conselho não poderia revisar a regulamentação do Estado de Goiás sobre os serviços públicos de gás**

³⁸⁶ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 349-350.

³⁸⁷ Idem.

³⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre. **Direito dos serviços públicos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 472. Nesse sentido, ver também: FRANCESQUINI, José Inácio & BAGNOLI, Vicente. **Direito Concorrencial**. Tratado de Direito Empresarial. VII. Coordenação: Modesto Carvalhosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 281: “Ao Cade, assim, é vedado intervir junto a órgão regulador para que este altere normativo por expedido no exercício de sua competência legal. (...) Pela mesma razão, não tem o Cade competência para interferir em processos licitatórios ou regras de concorrências públicas. No máximo, pode formular comentários ou sugestões, no exercício da advocacia da concorrência.”

canalizado³⁸⁹ (Grifo nosso).

Fernando Herren Aguillar, contudo, mostra-se crítico em relação à legislação vigente, especificamente sobre o papel do CADE no processo de desestatização. Isso porque, para o autor:

“O Cade deve, assim, prevenir e sancionar qualquer conduta ou ato que desprestige o princípio constitucional da livre concorrência. Não cabe necessariamente ao Executivo determinar o que é e o que não é desrespeito à livre concorrência, inclusive porque ele próprio pode incidir nas restrições legais. Porém, esta tem sido a opção da legislação vigente quanto à autonomia dos órgãos de repressão ao abuso do poder econômico. É necessário desenvolver mecanismos alternativos de defesa da concorrência, em que outros atores intervenham, diluindo por um lado a responsabilidade do Executivo na matéria, e permitindo que novos interesses sejam agregados no processo decisório, especialmente se se tratar de política de desestatização. É que controlador e controlado acabam sendo os mesmos, o que perverte a lógica do controle.”³⁹⁰

Em sentido oposto, Marcos Juruena Villela Souto defende a prevalência da decisão estratégica do Estado quanto à desestatização sobre o juízo técnico do CADE. Nas palavras de Marcos Jurena:

“Ocorre que o juízo do CADE é técnico e não pode se sobrepor às decisões políticas ligadas aos processos de desestatização, que têm em mira a correção da posição estratégica do Estado no domínio econômico, o equacionamento da dívida pública e o fortalecimento da iniciativa privada e do mercado de capitais. Os atos que decidem acerca da necessidade da desestatização e aprovam a modelagem do procedimento de transferência de competências para a iniciativa privada, como atos administrativos que são, já são dotados de presunção de legitimidade e legalidade, não havendo previsão, na legislação de Desestatização, da participação do CADE no processo.”³⁹¹

Diante do exposto, embora o CADE não tenha competência para anular regulação estatal em desacordo com a Lei nº 12.529/2011, a autarquia pode fazer uso da advocacia da

³⁸⁹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva & PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. “Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE.” In: **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 12, n. 1, p. 30, fev. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/59453/57845>>. Acesso em: 19/01/2017.

³⁹⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 5 ed. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 331.

³⁹¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 489.

concorrência³⁹² (v.g., art. 9, inc. XIV, da Lei nº 12.529/2011³⁹³) para que essa lei tenha eficácia no âmbito do processo de desestatização, ainda que para isso seja necessário ingressar em juízo (art. 9º, inc. XIII, da Lei nº 12.529/2011).³⁹⁴

3.4.1.A.ii. O controle da estrutura e a controvérsia sobre os consórcios destinados à participação de licitações públicas

No que concerne aos atos de concentração (ACs) voltados ao processo de desestatização, é necessário observar que a Lei nº 12.529/2011 determina que:

“Art. 89. (...) Parágrafo único. O Cade regulamentará, por meio de Resolução, a análise prévia de atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em leilões, licitações e operações de aquisição de ações por meio de oferta pública.

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: (...) Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.”

A respeito das duas hipóteses colhidas dos artigos citados, Fernando Herren Aguillar esclarece que:

“a) a primeira diz que o Cade regulará a análise prévia – portanto necessária – de um AC em que este decorrerá da futura e incerta aquisição de ações por meio de oferta pública. São hipóteses em que se pretende adquirir ações de empresa pública ou privada, em certames públicos ou privados, mas que envolvam necessariamente a oferta de títulos. Uma dessas hipóteses é seguramente a de processo de privatização de empresa pública, prestadora de serviço público ou não;

b) a segunda corresponde a uma não caracterização como AC de operação associativa entre empresas (formação de sociedade, consórcio ou *joint venture*), se o seu objetivo for o de participar em licitação pública. Está claro que esta dispensa de submissão da operação ao Cade não se aplica nas licitações públicas em que o objetivo for o de venda de ações de empresas estatal, por exemplo (hipótese “a”).”³⁹⁵

³⁹² Conforme ensina Eduardo Jordão: “O termo advocacia da concorrência (derivado do inglês, *competition advocacy*) é utilizado para referir às ações empreendidas (em geral) pelas entidades de defesa da concorrência para divulgar a filosofia concorrencial. Revela-se sob as mais distintas formas, desde atuações informais como correspondências, divulgação de estudos e pronunciamentos em fóruns, congressos e seminários, até ações mais formais, como a participação no processo decisório de alguma agência reguladora ou a intervenção em processos judiciais como *amicus curiae*. Seu objetivo é duplo: (i) difundir na sociedade os valores relacionados à competitividade; e (ii) persuadir entidades governamentais a atuarem de modo amigável aos princípios da concorrência e evitarem medidas que lhes sejam desnecessariamente lesivas. Neste segundo caso, a ideia é fazer valer a experiência e a especialização da entidade em questões ligadas à defesa da concorrência, ajudando os agentes políticos a entender o impacto econômico de suas decisões, antes de as promoverem. É cogitável, afinal, que tal impacto sejam desnecessário para a consecução dos fins públicos visados, que se poderiam realizar por vias menos prejudiciais à concorrência.” JORDÃO, Eduardo. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 120-121.

³⁹³ “Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: (...) XIV - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;”.

³⁹⁴ “Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: (...) XIII - requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade a adoção de providências administrativas e judiciais;”.

³⁹⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 5 ed. – São Paulo:

No caso da desestatização dos aeroportos, nenhum dos consórcios vencedores das concessões tiveram que se submeter ao crivo do CADE, tendo em vista que essa forma associativa passou a ser imune ao controle estrutural³⁹⁶.

A fim de realizar um aprofundamento crítico sobre essa situação, vale trazer à colação trecho da obra de Calixto Salomão Filho:

“(…) os princípios concorrencias são perfeitamente aplicáveis ao processo licitatório que antecede a concessão. Isso porque a lei não prevê expressamente a exclusão de dos princípios concorrenciais, nem controla variáveis fundamentais para a estratégia da empresa. Em virtude disso, os candidatos à concessão ou permissão deverão ter seus atos submetidos à apreciação da autoridade antitruste. Cite-se, a título de exemplo, **um consórcio entre dois ou mais agentes de mercado para concorrem conjuntamente na licitação. Essa operação deve ser submetida ao controle prévio do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, pois há risco evidente de limitação à concorrência no processo licitatório**”³⁹⁷ (Grifo nosso).

Como se vê, o proeminente doutrinador demonstrava, há muito tempo, ressalvas em relação aos consórcios. Nessa passagem, o autor se referia à Lei nº 8.884/1994, a qual não conferia imunidade aos consórcios destinados à participação de licitação.

De fato, não obstante a atual redação legal, é importante ponderar que os consórcios podem ter efeitos pró-competitivo; mas, ao revés, podem apresentar natureza não competitiva

Atlas, 2016, p. 328.

³⁹⁶ A respeito da imunidade prevista no parágrafo único do art. 90 da Lei nº 12.529/2011: “Durante a tramitação legislativa, o fundamento para tal redação constou do Parecer preparado pelo Senador Francisco Dornelles, relator na Comissão de Serviços de Infraestrutura, em 30.11.2012, nos seguintes termos: “A alteração da redação dada ao inciso IV do art. 90, por sua vez, é medida salutar, porque não se deve exigir a apresentação ao CADE de certo tipo de contrato associativo, caracterizado como consórcio constituído para a realização de empreendimento específico, com prazo determinado e comumente utilizado para a participação de empresas em licitações, já que tal consórcio lida com prazos para habilitação e julgamento de propostas bem inferiores aos necessários para que o CADE autorize a operação. Por sua vez, as transações ou negociações com ações, quotas ou outros títulos, ainda que realizadas em caráter temporário e para fins de revenda, devem ser submetidas à apreciação do CADE, porquanto têm o potencial de alterar as relações de concorrência nos mercados relevantes considerados”. Apesar de sucinto, não se deixa de entrever uma certa deferência à Administração Pública, por conta dos alegados curtos prazos para habilitação e julgamento de propostas em licitações. Mas a justificativa parece fazer pouco sentido, uma vez que essa dificuldade já havia sido resolvida pelo CADE na vigência da revogada Lei n. 8.884/94, por meio da Súmula n. 03/2007, ao menos no que tange a contratos de concessão, ao determinar a notificação da operação apenas após encerrada e adjudicada a licitação (cf. o enunciado desta súmula: “Nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública, o termo inicial do prazo do art. 54 § 4º, da Lei 8.884/94 é a data da celebração do contrato de concessão”). Uma segunda ordem de justificativas ao texto positivado seria mais bem construída com base em outro fundamento: caberia ao Poder Público licitante ponderar e balancear, nas regras editalícias e na condução do certame, entre os impactos concorrenciais da sua contratação e as necessidades do interesse público diretamente emergentes da atividade administrativa sob licitação. De qualquer forma, a regra ainda é recente, não tendo sido discutida pelo CADE, de forma que a amplitude de sua interpretação pelo CADE ainda está em aberto”. 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**, [S.l.], v. 12, n. 1, p. 33, fev. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/59453/57845>>. Acesso em: 19/01/2017.

³⁹⁷ FILHO, Calixto Salomão. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 143. **Apud** JORDÃO, Eduardo. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 51.

(como alertou Calixto Salomão) a depender do caso.

Conforme pontuou a extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, na Portaria SDE nº 51/2009, que trata de possíveis infrações concorrenciais em licitações:

“23. A constituição de consórcios para o desenvolvimento de projetos contratados por meio de licitações (principalmente envolvendo obras públicas e projetos de infraestrutura) pode ter tanto efeitos pró-competitivos quanto anti-competitivos.

24. Por um lado, o consórcio pode permitir a participação de pequenas empresas em contratações que, se não fosse pela oferta em conjunto, não lhes seria possível participar, por não disporem de recursos financeiros, técnicos ou humanos suficientes se consideradas individualmente. Assim, esse tipo de consórcio permite que um maior número de propostas sejam apresentadas ao contratante público. Por outro lado, empresas com condições de participarem sozinhas da licitação podem formar consórcios com o objetivo de eliminarem a concorrência entre si, o que possui caráter nitidamente anticoncorrencial.

25. Tais aspectos são reconhecidos pelas autoridades de defesa da concorrência. A OCDE, em documento que consolida a opinião das autoridades de defesa da concorrência de diversos países, afirma: “A apresentação de propostas em consórcio incrementa a competitividade se permitir que empresas que não têm condições de fornecer produtos complementares se juntem com outras empresas para então fornecer de forma conjunta tais produtos complementares. (...) Por outro lado, quando empresas concorrentes apresentam ofertas de maneira conjunta, isso geralmente diminui a concorrência, já que o consórcio diminui o número de participantes. Esse assim chamado efeito de diminuição de concorrência promove ofertas menos agressivas e conseqüentemente efeitos negativos na concorrência. (Tradução livre – grifo no original).”³⁹⁸

Diante dessas considerações e do atual cenário legislativo, reforça-se a necessidade de interlocução entre as autoridades que tutelam a concorrência, já que, mormente quando se trata de admissão de consórcio na licitação: “as questões concorrenciais relevantes deveriam estar definidas no próprio edital de licitação”.³⁹⁹

Noutro giro, ao largo da imunidade de consórcios destinados a licitações públicas, é interessante notar que o controle prévio do CADE sobre o processo de desestatização pode ocorrer nos termos do que preconiza o parágrafo único do art. 89 da Lei nº 12.529/2011, ainda não regulamentado pela autarquia.

Tal situação, contudo, importa cautela dos participantes da licitação e aumenta o custo regulatório do processo, tendo em vista o condicionamento da conclusão do ato de concentração à chancela do CADE.

Além disso, eventual restrição imposta pelo CADE poderia suscitar questionamentos de diversas óticas, que poderiam ir desde a competência da autarquia para restringir a

³⁹⁸ BRASIL. Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. **Portaria SDE nº 51/2009**, p.8-9.

³⁹⁹ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 356.

desestatização até o desencadeamento de pleitos de alteração de proposta da licitação ou mesmo desistência dos vencedores, tendo em vista eventual impacto provocado pelas restrições estruturais (por exemplo, desinvestimento) ou comportamentais (estipulação de regras de conduta do concessionário em favor da concorrência).

3.4.1.A.iii. O controle da conduta e o combate a cartéis nas licitações públicas

No que concerne ao controle de conduta pelo CADE no âmbito do processo de desestatização, vale destacar que a autarquia visa combater apenas as infrações antitrustes (art. 36⁴⁰⁰ e seguintes da Lei nº 12.529/2011), não se estendendo a sua competência punitiva a uma análise geral da regularidade do procedimento licitatório.

Conforme ensinam José Inácio Gonzaga Franceschini e Vicente Bagnoli:

“Fraudes em licitação pública igualmente refogem ao âmbito das competências do Cade, incluída que (sic) rol de atribuições do Tribunal de Contas da União – TCU, ainda que os fatos possam eventualmente frustrar o caráter competitivo dos certames licitatórios, posto não lhe caber executar a Lei de Concorrências Públicas (Lei 8.666, de 21.06.1993). Assim, em tema de licitações públicas, a competência (sic) Cade no exame de condutas restringe-se a identificar e eventualmente punir atos que se revelem nocivos à ordem concorrencial, não se confundindo com a análise feita pelos órgãos de controle interno e externo e o Poder Judiciário acerca de outras questões de legalidade administrativa.”⁴⁰¹

Acerca da competitividade dos certames públicos e o enfoque concorrencial, a extinta SDE concluiu com clareza que:

“3. A competitividade é a possibilidade de participação do maior número possível de fornecedores na licitação e a efetiva rivalidade entre os participantes. A restrição à competitividade dos certames pode ter duas origens principais: (i) ato de órgão da Administração; ou (ii) conduta de agente econômico – por meio de seu representante – ou associação de classe. Exemplos do primeiro tipo são os casos de imposição de requisitos de participação excessivamente restritivos ou que beneficiem injustificadamente determinados fornecedores (e.g. direcionamento de editais). Já o conluio entre licitantes (ou cartel) é o principal exemplo do segundo tipo. A legislação de licitações busca, primordialmente, impedir o primeiro tipo de restrição, ao passo que a legislação concorrencial cuida precipuamente do segundo tipo.”⁴⁰²

⁴⁰⁰ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

⁴⁰¹ FRANCESQUINI, José Inácio & BAGNOLI, Vicente. **Direito Concorrencial**. Tratado de Direito Empresarial. VII. Coordenação: Modesto Carvalhosa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 282.

⁴⁰² BRASIL. Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. **Portaria SDE nº 51/2009**, p.3.

No que concerne ao enfoque concorrencial da proteção da competitividade nas licitações públicas, vale destacar que o art. 36, *caput*, c/c § 3º, inciso I, do mesmo artigo da Lei nº 12.529/2011 dispõem que o cartel configura infração da ordem econômica, na medida em que é sancionável a conduta de:

“acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) **preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;**” (Grifo nosso)⁴⁰³.

Até o momento, não se tem notícia de prática de cartel no processo de concessão dos aeroportos; contudo, caso seja detectada essa infração (ou qualquer outra que afete a ordem econômica, nos termos da Lei nº 12.529/2011), o CADE poderá atuar para punir os envolvidos na conduta lesiva à concorrência.

3.4.2. Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE): o foco na advocacia da concorrência e a contribuição aos editais de concessão

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) tem como função precípua atuar na advocacia da concorrência, nos termos do art. 19 da Lei nº 12.529/2011. Nessa função, destacam-se as atividades consultivas e optativas, como vemos a seguir:

⁴⁰³ Nas contratações públicas, existem quatro esquemas principais de cartéis em licitação, a seguir listados: “Propostas Fictícias ou de Cobertura. As propostas fictícias, ou de cobertura (também designadas como complementares, de cortesia, figurativas, ou simbólicas) são a forma mais frequente de implementação dos esquemas de conluio entre concorrentes. Ocorre quando indivíduos ou empresas combinam submeter propostas que envolvem, pelo menos, um dos seguintes comportamentos: (1) Um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido, (2) Um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou (3) Um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão que serão inaceitáveis para o comprador. As propostas fictícias são concebidas para dar a aparência de uma concorrência genuína entre os licitantes. Supressão de propostas. Os esquemas de supressão de propostas envolvem acordos entre os concorrentes nos quais uma ou mais empresas estipulam abster-se de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido seja aceita. Fundamentalmente, a supressão de propostas implica que uma empresa não apresenta uma proposta para apreciação final. Propostas Rotativas ou Rodízio. Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta vencedora (i.e. a proposta de valor mais baixo). A forma como os acordos de propostas rotativas são implementados pode variar. Por exemplo, os conspiradores podem decidir atribuir aproximadamente os mesmos valores monetários de um determinado grupo de contratos a cada empresa ou atribuir a cada uma valores que correspondam ao seu respectivo tamanho. Divisão do Mercado. Os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas. As empresas concorrentes podem, por exemplo, atribuir clientes específicos ou tipos de clientes a diferentes empresas, para que os demais concorrentes não apresentem propostas (ou apresentem apenas uma proposta fictícia) para contratos ofertados por essas classes de potenciais clientes. Em troca, o concorrente não apresenta propostas competitivas a um grupo específico de clientes atribuído a outras empresas integrantes do cartel”. **Idem**, p. 6.

“Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte:

I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;

II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

III - opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;

V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;

VI - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;

VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.”

No que diz respeito ao processo de desestatização, é importante ressaltar a atribuição da Subsecretaria de Regulação e Infraestrutura da SEAE, a qual, consoante art. 29-B, inciso I, do Decreto nº 7.482/2011, é responsável por:

“I - acompanhar a implantação dos modelos de regulação e gestão desenvolvidos pelas agências reguladoras, pelos Ministérios setoriais e pelos demais órgãos afins, manifestando-se, entre outros aspectos, acerca de:

a) reajustes e revisões de tarifas de serviços públicos e de preços públicos;

b) **processos licitatórios que envolvam privatização de empresas pertencentes à União, desestatização de serviços públicos ou concessão, permissão ou autorização de uso de bens públicos; (...)**” (grifo nosso).

Seguindo a sua missão legal, a SEAE tem se mostrado ativa em promover a concorrência, inclusive no setor de aeroportos. Em 20/06/2016, a Secretaria exarou Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 175/2016-COGCR/SEA/MF, com a finalidade de contribuir para audiência pública 9/2016 da ANAC, a qual visava:

“colher subsídios sobre os Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental

(EVTEA) e as minutas de Edital de Licitação e de Contrato de Concessão e respectivos Anexos, relativos à concessão, ampliação, manutenção e exploração, do Aeroporto Salgado Filho, localizado em Porto Alegre, do Aeroportos Internacional Luís Eduardo Magalhães, em Salvador, do Aeroporto Hercílio Luz, em Florianópolis, e do Aeroporto Pinto Martins, em Fortaleza.”⁴⁰⁴

Essa oportunidade de prévia análise concorrencial de elementos fundamentais da licitação fortalece a interação institucional em benefício da tutela concorrencial do processo de desestatização no âmbito das concessões de aeroportos.

4. A INTERAÇÃO INSTITUCIONAL ENTRE AS AUTORIDADES COMPETENTES ACERCA DA TUTELA DA CONCORRÊNCIA E A SUGESTÃO DE CRIAÇÃO DA AUTORIDADE CONCORRENCIAL DE DESESTATIZAÇÃO (ACD), VINCULADA AO CONSELHO NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO

Como vimos ao longo do estudo, o investimento do setor privado na infraestrutura aeroportuária foi o meio encontrado pelo Governo Federal para enfrentar a crise aérea e expandir o serviço público.

Contudo, vale notar que, para que esse investimento fosse possível, a criação da agência reguladora foi apenas o primeiro passo, seguido pela implementação de regras que garantissem a atração dos investidores, inclusive estrangeiros⁴⁰⁵, bem como o financiamento dos projetos.

De fato, a organização de um ambiente propício ao investimento privado deve levar em consideração a fonte de obtenção de recursos para a expansão dos serviços públicos concedidos.

Isso porque, como se sabe, quanto maior o risco de uma atividade econômica, maior será o custo de captação de recursos para investimento. Em alguns casos, o risco é de tal monta que o empreendimento sequer atrai investidores.

Portanto, as concessões de serviço público⁴⁰⁶ também devem ser analisadas sob esse

⁴⁰⁴ BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. **Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 175/2016-COGCR/SEA/MF**. Disponível em: http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/manifestacoes-sobre-regras-regulatorias/2016/parecer-175_2016.pdf. Acesso em 19/01/2017.

⁴⁰⁵ De acordo com estudo de Ana Lygia Costa Rego, são viráveis jurídicas determinantes da confiança de estrangeiros no Brasil, num contexto de investimentos: “o cumprimento de contratos, a autonomia no âmbito do Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a qualidade da regulação, a morosidade do Poder Judiciário, a previsibilidade nas relações negociais e a moralidade.” REGO, Anna Lygia Costa. **Confiança & investimento estrangeiro: uma análise do ambiente jurídico brasileiro**. São Paulo: Singular, 2013, p. 295.

⁴⁰⁶ A medida que a livre iniciativa ocupa o espaço antes reservado apenas ao Estado, o Direito Administrativo expande seus horizontes, incorporando elementos típicos do Direito Bancário e Direito Societário, notadamente em razão da estruturação de projetos e da garantia do respectivo financiamento. Como explicam Egon Bockmann Moreira e Bernardo Strobrel Guimarães: “(...) o setor de infraestrutura demanda inversões intensivas de capital (público e privado) e isso passa, necessariamente, pelo incremento de diversas soluções empresariais, antes típicas do ambiente dos negócios. Seguramente, aquele que hoje se dispuser a compreender temas relativos às concessões de serviço público terá de se deparar com diversas categorias alheias do Direito Administrativo stricto sensu. SPEs, golden shares, acordo de acionistas, project finance, contratos entre partes relacionadas, joint ventures etc. deixaram de ser temas restritos ao Direito Societário e Direito Bancário e passaram a frequentar os debates cotidianos no campo do Direito Administrativo.” MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobrel. “Sociedades de Propósito Específico na Lei de PPP (considerações em torno do art. 9.º da Lei 11.079/2004)”. JUSTEN FILHO,

prisma financeiro, sob pena de repelir interessados.

A esse respeito, Vitor Rhein Schirato esclarece que:

“As concessões de serviços públicos são atividades econômicas como quaisquer outras. Aliás, são atividades que embutem parcela de risco normalmente maior do que outras comparáveis, tendo-se em consideração o valor dos investimentos necessários, o prazo de retorno e os riscos de construção e operação. Sua atração para investimentos privados reside exatamente em sua essencialidade, que costuma assegurar demanda e, portanto, receita por longo prazo. Exatamente por essa razão, as concessões de serviços públicos não são financiadas apenas com recursos dos concessionários. Com a finalidade de pulverizar e mitigar riscos e maximizar a capacidade de participação em diferentes empreendimentos (também para mitigar riscos), as concessões de serviços públicos são financiadas com uma parcela pequena de recursos próprios do concessionário e uma parcela muito maior de recursos de terceiros, notadamente de bancos financiadores e investidores institucionais de caráter financeiro (v.g., fundos de investimento). (...) Destarte, é essencial, em uma visão evoluída das concessões de serviços públicos, entendê-la em um contexto mais amplo, de forma a abarcar também, além do concessionário, aqueles que disponibilizaram a maior parte dos recursos para o financiamento da prestação de serviços públicos, ou o aumento do custo desses recursos, em função do aumento dos riscos em se financiar concessões de serviços públicos, o que será, sem dúvidas, repassado para as tarifas e arcado pelos usuários.”⁴⁰⁷

Do ponto de vista jurídico, os riscos a serem levados em consideração por interessados em concessões estão dispostos tanto na fase de licitação quanto no momento de prestação do serviço. Tudo deve ser devidamente calculado para que seja possível elaborar uma proposta de lance ao governo, momento no qual já são consideradas as fontes de financiamento.

Diante dessas considerações, vale ponderar que dois dos elementos centrais da precificação do risco de um projeto de infraestrutura consistem (i) na adequação às regras incidentes e (ii) na prestação de contas às autoridades de controle.

Portanto, clareza quanto às regras que devem ser respeitadas e às instituições de controle são essenciais para que o investimento do setor privado em infraestrutura tenha sucesso⁴⁰⁸.

Contudo, a multiplicidade de atores do governo com competências complementares acerca da tutela da concorrência conduz a um risco de conflito de competência, em prejuízo da segurança jurídica. Por isso, é fundamental a promoção de um ambiente institucional que

Marçal & SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). In: **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 494.

⁴⁰⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. “As concessões de serviços públicos em evolução”. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Direito Público em evolução – Estudos em homenagem à professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 585.

⁴⁰⁸ Vale dizer é conhecido que “A indefinição das regras e a demora no processo decisório, inclusive por conta de conflitos de interpretação da legislação, afetam de forma adversa os investimentos. Inversamente, a experiência demonstra a importância de uma definição nítida de um quadro legal, um regime regulatório e uma institucionalidade que combinem transparência e estabilidade das regras, competência técnica e agilidade decisória”. FRISCHTAK, Cláudio. “O investimento em infraestrutura no Brasil: histórico recente e perspectivas”. In: **Revista Pesquisa e Planejamento Econômico**, v. 38, n. 2, ago. 2008, p. 308. Disponível em: <http://ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/1129/1033>. Acesso em 24/12/2016.

permita a interação dos atores responsáveis pela tutela da concorrência do processo de desestatização.

Nesse sentido, Carolina Moura Lebbos defende que:

“a articulação entre os reguladores e os órgãos de defesa da concorrência consiste também em elemento imprescindível para uma redução significativa do risco de conflitos de competência. Além disso, ela proporciona o aproveitamento mútuo de experiências e capacidade técnica, maximizando a efetividade das ações dos órgãos reguladores, sejam elas conjuntas ou não, bem como auxilia a promoção da vigilância recíproca entre as autoridades.”⁴⁰⁹

Tendo isso em mente, sugerimos a criação de uma Autoridade Concorrencial de Desestatização (ACD), com função de assessoramento do Conselho Nacional de Desestatização (CND), autoridade esta que contaria, no que concerne ao setor de aeroportos, com o trabalho de representantes do CND, da ANAC, do TCU, do CADE e da SEAE.

Nesse espaço de interação, conflitos concorrenciais do processo de desestatização poderiam ser previstos e já mitigados, bem como poderiam ser realizados estudos concorrenciais que levasse em conta uma visão institucional abrangente.

Tento em vista da sazonalidade dos processos de desestatização, não é necessário que a ACD tenha corpo técnico permanente e exclusivo.

Ao contrário, é muito importante que os representantes dos entes e órgãos acima referidos atuem em suas funções e se mantenham atualizados com a orientação de quem eles representam. No momento da modelagem da desestatização ou em caso de necessidade de estudos, o CND poderia requisitar a atuação da ACD.

Essa sugestão embrionária, é claro, pode ser adaptada a fim de que seja mais eficiente e permita um melhor desempenho. Independente da forma, a ideia proposta é a de que a interação institucional é um caminho frutífero de evolução da administração pública em favor da promoção da segurança jurídica e, por conseguinte, da atração de investimento privado para expansão do serviço público.

CONCLUSÃO

O estudo proposto analisou a tutela da concorrência no processo de desestatização da execução do serviço público de infraestrutura aeroportuária, especialmente no que concerne à

⁴⁰⁹ LEBBOS, Carolina Moura. “Divisão de competências e articulação entre reguladores setoriais e órgãos de defesa da concorrência”. In: MOREIRA, Egon Bockmann & MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Direito concorrencial e regulação econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 237.

atuação das autoridades públicas competentes, à interação institucional entre elas e à promoção do investimento privado.

No que concerne à atuação institucional, observamos que a ANAC, na condição de agência reguladora, deve seguir diretrizes políticas advindas do poder concedente (v.g., CND) no âmbito das desestatizações, notadamente no momento da modelagem dos editais de licitação. Além disso, constatamos que, em seu âmbito de ação, a agência tem exercido a sua competência concorrencial, por exemplo, ao restringir a propriedade cruzada nos editais de concessão.

Acerca do TCU, concluímos que a ausência de limites claros sobre a competência do órgão sobre atos regulatórios, especialmente no que concerne à tutela da concorrência em editais de concessão, conduz a uma situação de indesejável insegurança jurídica, seja para as autoridades públicas envolvidas na modelagem da desestatização, seja para os agentes privados interessados em participar da licitação.

No que tange ao CADE, ao largo da imunidade de consórcios destinados a licitações, identificamos que eventual restrição imposta pelo CADE, em sede de análise de ato de concentração, poderia suscitar questionamentos de diversas óticas, que poderiam ir desde a competência da autarquia para restringir a desestatização até o desencadeamento de pleitos de alteração de proposta da licitação ou mesmo desistência dos vencedores.

A SEAE, por sua vez, tem se mostrado ativa em promover a concorrência, no setor de aeroportos, através da advocacia da concorrência.

Por fim, diante da multiplicidade de atores do governo com competências complementares acerca da tutela da concorrência e o conseqüente risco de conflitos em prejuízo da segurança jurídica, sugerimos a criação de uma Autoridade Concorrencial de Desestatização (ACD), com função de assessoramento do Conselho Nacional de Desestatização (CND), autoridade esta que contaria, no que concerne ao setor de aeroportos, com o trabalho de representantes do CND, da ANAC, do TCU, do CADE e da SEAE.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACOCELLA, Jéssica. RANGEL, Juliana Cabral Coelho. “O papel regulatório e de fomento das licitações públicas”. In: **Revista do BNDES**, nº 40, p. 297. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev4008.pdf.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

- ARAGÃO, Alexandre. **Direito dos serviços públicos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. “Apontamentos sobre as agências reguladoras”. In: MORAES, Alexandre de. **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.
- BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Agência Nacional de Aviação Civil - 10 anos**, p. 30. Edição: ANAC. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/livroanac10anos.pdf>.
- _____. Agência Nacional de Aviação Civil. **Edital do Leilão N° 01/2011**. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes>.
- _____. Agência Nacional de Aviação Civil. **Edital do Leilão N° 01/2013**. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes>.
- _____. Agência Nacional de Aviação Civil. **Edital do Leilão N° 01/2016**. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes>.
- _____. Agência Nacional de Aviação Civil. **Edital do Leilão N° 2/2011**. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes>.
- _____. Banco Nacional do Desenvolvimento. **As etapas do processo de desestatização**. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/noticias/noticia/infografico-etapas-desestatizacao>.
- _____. Departamento de Regulação e Concorrência da Secretaria de Política Regulatória de Aviação Civil da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República. **Nota Técnica nº 21/DER/SPR/SAC-PR**. Disponível em: <http://www.aviacao.gov.br/assuntos/concessoes-de-aeroportos/novas-concessoes/nota-tecnica-no-021-derc-spr-sac-pr-possiveis-restricoes-a-participacao-de-agentes-privados-nas-concessoes.pdf>.
- _____. Departamento de Regulação e Concorrência da Secretaria de Política Regulatória de Aviação Civil da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República. **Nota Técnica nº 33/DER/SPR/SAC-PR**.
- CHAMBRARELLI, Rafael Lopes. “A concessão da infraestrutura aeroportuária: construção do modelo brasileiro”. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (coords.). **A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- FILHO, Calixto Salomão. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FRANCESQUINI, José Inácio & BAGNOLI, Vicente. **Direito concorrencial**. Tratado de Direito Empresarial. VII. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- FRISCHTAK, Cláudio. “O investimento em infraestrutura no Brasil: histórico recente e perspectivas”. In: **Revista Pesquisa e Planejamento Econômico**, v. 38, n. 2, ago. 2008, p. 308. Disponível em <http://ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/1129/1033>.
- JORDÃO, Eduardo. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- LEBBOS, Carolina Moura. “Divisão de competências e articulação entre reguladores setoriais e órgãos de defesa da concorrência”. In: MOREIRA, Egon Bockmann & MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Direito concorrencial e regulação econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 237.

- MCKINSEY & COMPANY. **Estudo do Setor de Transporte Aéreo do Brasil: Relatório Consolidado**, p. 9. Rio de Janeiro: McKinsey & Company, 2010. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/sumario_executivo.pdf.
- MOREIRA, Egon Bockmann & GUIMARÃES, Bernardo Strobrel. “Sociedades de Propósito Específico na Lei de PPP (considerações em torno do art. 9.º da Lei 11.079/2004)”. In: JUSTEN FILHO, Marçal & SCHWIN, Rafael Wallbach (coord.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- OSORIO, Fernando. **O direito aeroportuário e a privatização de aeroportos no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva & PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. “Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE”. In: **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 12, n. 1, p. 30, fev. 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/59453/57845>.
- REGO, Anna Lygia Costa. **Confiança & investimento estrangeiro: uma análise do ambiente jurídico brasileiro**. São Paulo: Singular, 2013.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. “As concessões de serviços públicos em evolução”. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (coords.). **Direito Público em evolução – Estudos em homenagem à professora Odete Medauar**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- _____. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. “Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites”. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público/Direito GV/Malheiros Editores, 2013.

NORMAS

- BRASIL. Conselho Nacional de Desestatização. **Resolução CND 11/2011**. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/Resolucoes-do-Conselho-Nacional-de-Desestatizacao>.
- _____. Conselho Nacional de Desestatização. **Resolução CND 15/2013**. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/Resolucoes-do-Conselho-Nacional-de-Desestatizacao>.
- _____. **Constituição Federal**. Disponível em:
- _____. **Decreto nº 5.731/2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

- _____. **Decreto nº 6.373/2008.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6373.htm.
- _____. **Decreto nº 6.780, de 18 de fevereiro de 2009.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6780.htm.
- _____. **Decreto nº 7.205/2010.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7205.htm.
- _____. **Decreto nº 7.482/2011.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7482.htm.
- _____. **Lei 8.884/1994.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm.
- _____. **Lei 8.987/1995.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm.
- _____. **Lei Complementar nº 97/1999.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp97.htm.
- _____. **Lei nº 11.182/2005.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm.
- _____. **Lei nº 12.529/2011.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm.
- _____. **Lei nº 5.862/1972.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5862.htm.
- _____. **Lei nº 9.491/1997.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm.
- _____. Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. **Portaria SDE nº 51/2009.** Disponível em: <http://jacoby.pro.br/PortariaSDE51.pdf>.

JULGADOS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4190 MC-REF**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2010, DJe-105 DIVULG 10-06-2010 PUBLIC 11-06-2010 EMENT VOL-02405-02 PP-00313 RTJ VOL-00213-01 PP-00436 RT v. 100, n. 911, 2011, p. 379-404.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 46**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020 RTJ VOL-00223-01 PP-00011.
- _____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2466/2013-Plenário.** Disponível em: <http://tcu.gov.br/>.
- _____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2666/2013-Plenário.** Disponível em: <http://tcu.gov.br/>.

Restrições verticais na cadeia de comercialização de etanol combustível: análise do impacto concorrencial do poder normativo e regulador no setor varejista

Dalide Barbosa Alves Corrêa⁴¹⁰
Levi Borges de Oliveira Veríssimo⁴¹¹
Pedro Paulo Alves Corrêa dos Passos⁴¹²

RESUMO

Com o objetivo de analisar o impacto concorrencial derivado das resoluções administrativas da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, o presente estudo busca investigar a racionalidade dos atos normativos da ANP que impõem restrições verticais ao mercado de etanol combustível, à luz da lei de instituição da agência reguladora e das normas de defesa da concorrência. Analisadas as externalidades positivas e negativas das restrições impostas ao setor de etanol, os autores concluem por uma tendência de desequilíbrio em relação aos custos regulatórios impostos aos produtores. Nesse sentido, entende-se que os rearranjos mercadológicos verticais impostos pela ANP, como a proibição do comércio direto do etanol combustível entre o produtor e o revendedor varejista, violam não somente o princípio da livre iniciativa, mas constituem também potenciais danos à concorrência e aos consumidores.

Palavras-chave: Restrições verticais. Etanol combustível. Direito regulatório.

ABSTRACT

Aiming to analyze the competitive impacts arising from the administrative resolutions enacted by the Brazilian National Agency for Oil, Gas and Biofuels (“ANP”), this article investigates the rationality of ANP’s administrative acts considering the Brazilian Oil Law (no. 9,847/99 - which founded ANP) and the Brazilian Competition Law (no. 12,529/11). Considering both positive and negative externalities of the vertical restraints imposed to the ethanol sector, the authors found a tendency towards an imbalance in relation to the regulatory costs imposed on producers. In such scenario, it is concluded that the vertical restraints imposed by ANP, such as the prohibition of direct sale between ethanol producers and retailers, violates not only the free enterprise principle, but also constitute a potential damage to competition and the final costumers.

Keywords: Vertical constraints. Ethanol fuel. Regulatory law.

⁴¹⁰ Advogada, Sócia do escritório Alves Corrêa Advocacia. Pós-Graduada em Direito Tributário, Direito Constitucional e Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual. Possui Graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Foi Diretora Jurídica Nacional da Caixa Econômica Federal, Membro do Conselho de Administração da Fundação dos Economistas Federais - FUNCEF, Assessora Jurídica na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, Assessora-Chefe da Assessoria Parlamentar do Supremo Tribunal Federal - STF, Procuradora-Geral da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e Diretora Geral do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

⁴¹¹ Advogado, Sócio do escritório Alves Corrêa Advocacia. Pós-Graduado em Direito Imobiliário e Pós-Graduando em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Aluno especial do Mestrado em Direito da FD/UnB e Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Membro do Grupo de Pesquisa "Constituição, Empresa e Mercado" da UnB.

⁴¹² Graduando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Membro do Grupo de Pesquisa em Improbidade Administrativa.

Sumário: Introdução. 1 Panorama regulatório do mercado de distribuição e revenda de etanol combustível. 2 Restrições verticais. 2.1 Participação societária. 2.2 Vedação de venda direta. 3 Análise dos fundamentos jurídicos e econômicos das restrições regulatórias. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Diante de sua importância estratégica e relevante interesse econômico, a atividade de comercialização de combustíveis é altamente regulada pelo Estado, não apenas no Brasil. A criação da Agência Nacional do Petróleo (“ANP”) em 1997, por meio da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, foi um marco nesse sentido.

No contexto de sua atuação, a ANP implementou diversas medidas que podem ser classificadas, do ponto de vista concorrencial, como restrições verticais em seu sentido prático. O objetivo do presente estudo é analisar a competência e o impacto concorrencial da atuação da ANP no âmbito da implementação de tais restrições verticais, bem como a racionalidade econômica no cenário em análise, adotando como recorte temático o mercado de comercialização varejista de etanol combustível.

Nesse sentido, a pesquisa tem como termo inicial as resoluções editadas a partir do ano de 2005, quando a ANP passou oficialmente a se chamar Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, denominação que visou adequar o escopo de atuação do órgão, o qual deixou de estar adstrito aos combustíveis derivados de petróleo. Desde então, a agência passou a atuar ativamente em relação aos setores de gás natural e biocombustíveis, implementando medidas concorrencialmente relevantes.

Assim, para fins do presente estudo, abordaremos especialmente os impactos concorrenciais das restrições verticais impostas pelo agente regulador no exercício de suas competências, particularmente (i) a vedação de participação societária dos produtores de combustíveis na cadeia de revenda varejista⁴¹³ e (ii) a proibição de comercialização direta entre revendedor varejista (postos de combustíveis) e fornecedor de etanol (usinas)⁴¹⁴.

⁴¹³Implementada a alínea *f* do art. 12 da Resolução ANP n. 58, de 17 de outubro de 2014.

⁴¹⁴Implementada pelo art. 6º da Resolução ANP n. 43, de 22 de dezembro de 2009 e art. 14, I da Resolução ANP 41, de 5 de novembro de 2013.

PANORAMA REGULATÓRIO DO MERCADO DE DISTRIBUIÇÃO E REVENDA DE ETANOL COMBUSTÍVEL

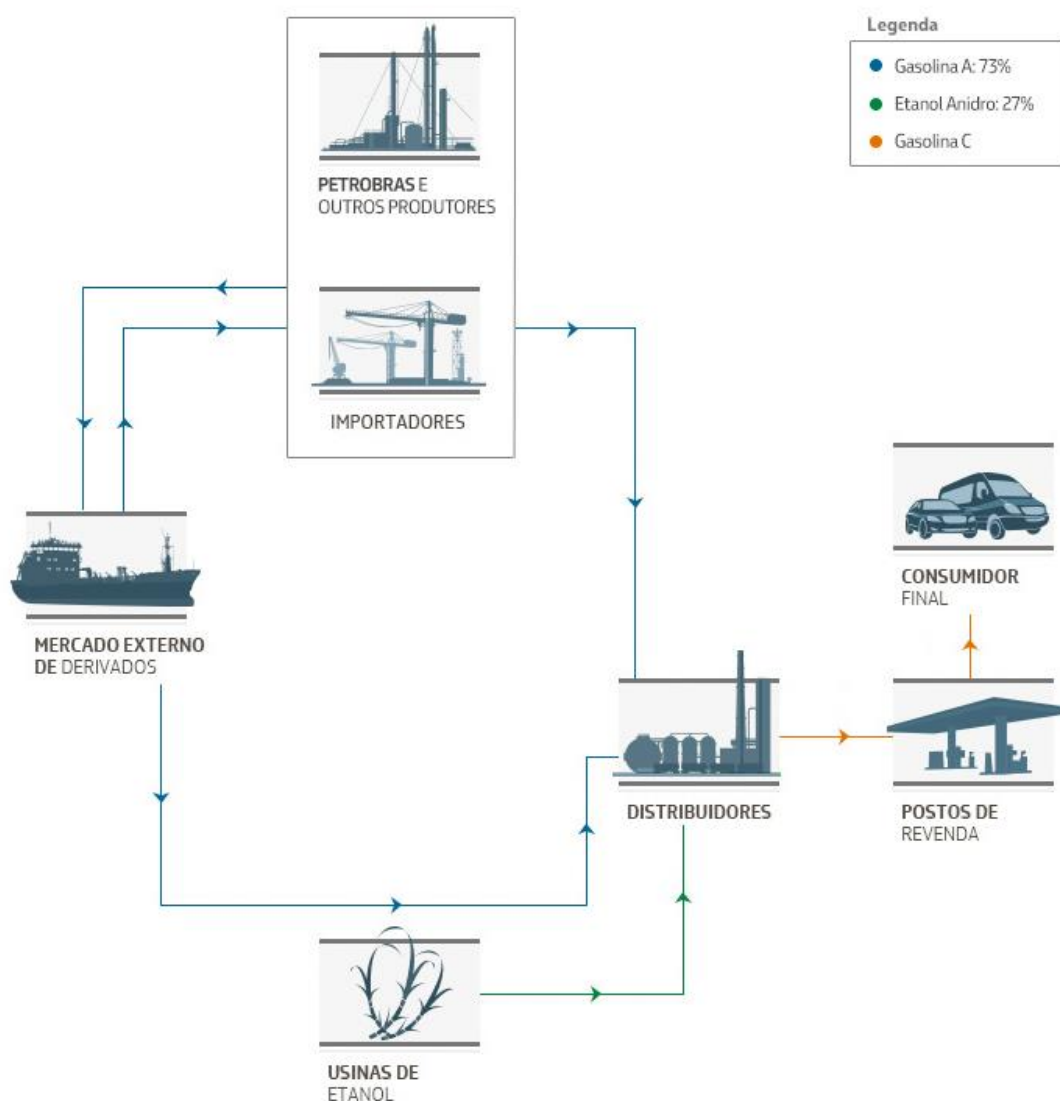
Dentre os objetivos estabelecidos pela Lei n. 9.478 de 1997, conhecida como Lei do Petróleo, para a implementação da política energética brasileira, está o exercício da livre concorrência no setor (art. 1º, IX, da referida norma). Além da criação da própria ANP, a norma simbolizou um passo dado pelo legislador para orientar o setor no sentido de um regime de livre mercado, em consonância com a tendência internacional da década de 90.

Assim, a atuação da ANP, enquanto agência reguladora, tem, desde a origem, viés de proteção da concorrência em atuação conjunta com os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), à época sob a vigência da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, e, posteriormente, na forma da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. No mesmo sentido, a promulgação da Lei n. 12.490, de 16 de setembro de 2011, alterou as atribuições da ANP para incluir expressamente a regulação da indústria de biocombustíveis dentre as atribuições legais da autarquia, sem alterar os dispositivos relacionados à defesa da concorrência.

Diante desse panorama legislativo, o mercado de fornecimento, distribuição e comercialização de etanol combustível, objeto do presente estudo, estruturou-se conforme cadeia de fornecimento definida pelo regulador. O setor é composto por agentes que se inter-relacionam de maneiras diversas, conforme ilustrado pela figura a seguir⁴¹⁵:

Figura 1 – Cadeia de Comercialização e a Composição dos Preços, conforme Resolução ANP n. 58/2014.

⁴¹⁵PETROBRAS. **Composição de Preços da Gasolina: Saiba como Funciona - Petrobras. Cadeia de Comercialização e a Composição dos Preços.** Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/produtos-e-servicos/composicao-de-precos-de-venda-ao-consumidor/gasolina/>>. Acesso em 30 de janeiro de 2018.



Fonte: PETROBRAS. Composição de Preços da Gasolina: Saiba como Funciona.

Em resumo, a cadeia de comercialização é formada pelos seguintes agentes econômicos: as refinarias de petróleo, as centrais petroquímicas, as usinas/destilarias, os formuladores, os importadores e exportadores, os distribuidores, os revendedores varejistas e os Transportadores-Revendedores-Retalhistas (TRRs⁴¹⁶) e o consumidor final.

Conforme o art. 18 da Resolução ANP n. 58 de 2014, os distribuidores estão autorizados a adquirir combustíveis líquidos dos seguintes agentes: (i) refinaria autorizada pela ANP; (ii)

⁴¹⁶Conforme esclarece a ANP, “o Transportador-Revendedor-Retalhista (TRR) é a empresa autorizada pela ANP a adquirir em grande quantidade combustível a granel, óleo lubrificante acabado e graxa envasados para depois vender a retalhos. O TRR também é responsável pelo armazenamento, transporte, controle de qualidade e assistência técnica ao consumidor quando da comercialização de combustíveis”. Cf. ANP. **Transportador Revendedor Retalhista (TRR)**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/distribuicao-e-revenda/transportador-retalhista>>. Acesso em 15 jan. 2018.

central de matéria-prima petroquímica; (iii) formulador autorizado pela ANP; (iv) importador autorizado pela ANP, de acordo com a regulamentação vigente; (v) outro distribuidor de combustíveis líquidos autorizado pela ANP; (vi) fornecedor de etanol cadastrado ou autorizado pela ANP; ou (vii) produtor de biodiesel autorizado pela ANP.

Em razão da importância logística da distribuição neste mercado, os agentes atuantes nesta etapa de fornecimento acabaram alçando, no mercado brasileiro, reconhecido poder de mercado. Por ocasião do julgamento do caso Ipiranga/Alesat⁴¹⁷, o Conselheiro-Relator João Paulo de Resende observou em seu voto que:

[...] A atividade de distribuição é uma atividade essencialmente logística, e a lucratividade reside na otimização dos fluxos logísticos. Para as distribuidoras nacionais e regionais, é necessário haver giro suficiente nas bases de estocagem e o combustível deve permanecer armazenado o menor período de tempo possível, de forma que seja vendido tempestivamente visando rentabilizar a estrutura física e diluir os investimentos em custo fixo. Os ativos de distribuição diretamente relacionados à estocagem de combustíveis são ativos relevantes e estratégicos para o negócio, pois sua localização e operação logística determinam o sucesso na rotatividade de comercialização do produto.

Contudo, a detenção de bases primárias e secundárias estrategicamente posicionadas em relação aos pontos de entrega da Petrobras e aos pontos de revenda não garante, por si só, a viabilidade econômica do empreendimento. Com margens relativamente baixas por unidade vendida, a quantidade e a estabilidade da demanda pelos postos revendedores é determinante para garantir o retorno de grandes investimentos em custos fixos. Essas distribuidoras precisam de uma demanda minimamente previsível por parte dos postos para que possam operar de forma eficiente, com o menor custo médio possível.

Ainda nesse contexto, o Cade identificou e classificou o grupo das grandes distribuidoras nacionais, formado pela (i) Petrobras Distribuidora S/A (“BR”), subsidiária integral da Petrobras, (ii) Ipiranga, pertencente ao grupo Ultra, e (iii) Raízen, resultado da fusão das antigas Shell e Esso com o grupo Cosan. Segundo dados do Cade, as três empresas responderam por cerca de 72% do volume total de combustíveis líquidos distribuídos no Brasil em 2015⁴¹⁸.

A atividade de revenda de combustíveis líquidos é definida pelo Cade como “o elo final da cadeia, e consiste em receber o combustível das distribuidoras, armazená-lo em tanques subterrâneos e atender o consumidor final por meio de bombas de combustível”⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Ato de Concentração n. 08700.006444/2016-49 (doc. SEI 0372036).

⁴¹⁸ Id. Ibid.

⁴¹⁹ Id. Ibid.

Conforme artigo 4º, XII, da Resolução ANP n. 41 de 2013, o posto revendedor é o estabelecimento localizado em terra firme que revende, a varejo, combustíveis automotivos e abastece tanque de consumo dos veículos automotores terrestres ou em embalagens certificadas pelo Inmetro; óleo lubrificante acabado envasado e a granel; aditivo envasado para combustíveis líquidos; aditivo envasado para óleo lubrificante acabado; graxas lubrificantes envasadas e querosene iluminante a granel ou envasado.

Do ponto de vista dos distribuidores, há distintas fontes de fornecimento, conforme demonstrado na figura acima. As empresas distribuidoras podem adquirir os combustíveis derivados das refinarias, das centrais petroquímicas, de outros produtores, bem como de importadores, e, no caso dos biocombustíveis, podem adquirir de fornecedores de etanol e de biodiesel.

Sob a ótica da oferta, os distribuidores podem comercializar combustíveis com os revendedores varejistas, transportadores-revendedores-retalhistas (TRRs) e consumidores finais, sendo-lhes, entretanto, vedado o exercício da atividade de revenda varejista, à exceção da operação do denominado posto-escola⁴²⁰. Relativamente ao tipo de produto comercializado, a ANP autoriza que as distribuidoras comercializem combustíveis líquidos derivados de petróleo, etanol combustível e outros combustíveis automotivos.

Em relação à venda de combustíveis líquidos para revendedores varejistas, as distribuidoras estão autorizadas a comercializar com postos que ostentem sua marca comercial ou com os chamados “postos bandeira branca” (que não ostentam a marca de nenhuma distribuidora), na forma da Resolução ANP n. 41 de 2013.

A edição da Resolução ANP n. 58 de 2014, que estabelece os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos, veio no sentido de consolidar os requisitos regulatórios e as regras de autorização no setor de distribuição de combustíveis líquidos, substituindo as orientações normativas contidas nas portarias ANP n. 202, de 30 de dezembro de 1999, e n. 29, de 9 de fevereiro de 1999.

Dentre os diversos requisitos estabelecidos pela Resolução n. 58 de 2014 para a entrada de agentes no segmento de distribuição, como comprovações de regularidade da empresa perante o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicafe, destacam-se capital social mínimo de quatro milhões e quinhentos mil reais (art. 6º, inciso VI) e propriedade de

⁴²⁰O posto-escola é um estabelecimento de revenda varejista de combustíveis automotivos com autorização da ANP, nos termos da regulamentação específica, para capacitar e treinar mão de obra, em suas instalações, no atendimento adequado ao consumidor nas atividades de revenda de combustíveis automotivos; implantar e desenvolver novas tecnologias aplicadas à operação do posto revendedor; e comercializar combustíveis automotivos. (Resolução ANP n. 41/2013, artigo 4º, inciso XIII).

pelo menos uma instalação de armazenamento e de distribuição ou fração ideal em base compartilhada.

Nesse contexto, a imposição dos mencionados requisitos se traduz em elevação das barreiras de entrada naquele mercado, conforme se pode verificar pela Proposta de Ação n. 919/2015, em que a ANP discutiu a viabilidade técnica de imposição das medidas:

Decorrido o prazo previsto no art. 40, inciso I, da Resolução ANP nº 58/2014, de 360 dias, que se encerrou em 15/10/15, a SAB realizou levantamento do seu atendimento, tendo constatado que de 191 distribuidores autorizados a exercer a atividade de distribuição de combustíveis líquidos, apenas 31 distribuidores concluíram o recadastramento, ou seja, somente 16,2% do mercado.

Dentre os 160 distribuidores não recadastrados, 42 estão com a documentação em processo de análise e 8 possuem prazo adicional de 360 dias, conforme art. 40, § 4º da Resolução ANP nº 58/2014, por terem integralizado, ao menos, 50% do capital social (4,5 milhões de reais) estabelecido no art. 40, inciso I, da referida Resolução, sendo que os demais distribuidores não encaminharam qualquer documentação.

[...]

Destaca-se que, além do investimento em infraestrutura que se faz necessário por parte dos distribuidores, há a obrigatoriedade de investimento nos estoques mínimos de segurança, para atender aos termos da Resolução ANP nº 45/2013, onerando tais agentes em um cenário econômico recessivo. [...]

Pode-se concluir, a partir do trecho colacionado, que, além de se tratar de obstáculo para os próprios agentes econômicos que já se encontram no mercado⁴²¹, há efetiva oneração aos que desejem ingressar nele, restringindo o mercado de distribuição àqueles que detenham poder econômico considerável, nos termos da explanação anterior.

Traçado um cenário geral de definição e atuação dos agentes na cadeia de comercialização de etanol combustível, passaremos a analisar as resoluções editadas pela ANP que estabelecem restrições verticais no referido mercado, considerando especialmente potenciais externalidades (positivas e negativas) geradas pelas referidas medidas.

RESTRIÇÕES VERTICAIS

Participação societária

⁴²¹ Para que fosse possível transpassar o mencionado obstáculo, a ANP aprovou a Resolução ANP n. 47, de 12 de novembro de 2015, que concedeu aos distribuidores prazo adicional de 365 dias para adimplir as obrigações elencadas na Resolução ANP n. 58 de 2014. A Resolução ANP n. 47 de 2015 pode ser verificada no endereço <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=13/11/2015&jornal=1&pagina=63&totalArquivos=336>.

O mercado de etanol possui particularidades em relação aos demais combustíveis e, por vezes, o *downstream* da indústria acaba sofrendo restrições verticais que são mais efetivas apenas nos mercados de derivados do petróleo. Nesse contexto, a primeira diferença relevante do mercado de distribuição de etanol em relação aos demais combustíveis é a quantidade de empresas no lado *upstream*, o que o torna mais competitivo do que o *upstream* da indústria do petróleo, basicamente ocupado pela Petrobras. Esse aspecto estimula a concorrência no *downstream*, facilitando, inclusive, a entrada de agentes que atuam exclusivamente na distribuição do etanol.

Quanto às relações verticais na cadeia de distribuição e revenda, destaca-se principalmente a alínea *f* do art. 12 da Resolução 58 de 2014 da ANP⁴²². Segundo a referida norma, o distribuidor não pode ter em seu quadro de sócios pessoa jurídica que seja autorizada pela ANP à atividade de TRR ou de revenda varejista de combustíveis automotivos.

A vedação foi trazida ao ordenamento por meio da Resolução ANP n. 58 de 2014. Antes disso, a norma vedava unicamente o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos pelas distribuidoras de combustíveis, seja pela participação do distribuidor no quadro de sócios da revenda varejista, seja pelo próprio exercício da atividade de revenda, conforme art. 26 da Resolução ANP n. 41 de 2013⁴²³.

Cabe destacar, ainda, que, de acordo com a mencionada resolução, a atividade de revenda varejista não pode ser exercida por distribuidor de combustíveis automotivos (art. 26). Além disso, conforme mencionado anteriormente, o revendedor varejista não poder ter, em seu quadro societário, pessoa jurídica que seja autorizada pela ANP à atividade de distribuição de combustíveis líquidos⁴²⁴.

A intenção do regulador ao vedar a participação vertical na cadeia parece clara: coibir a prática de preços uniformes ao consumidor final e ampliar a concorrência entre os revendedores varejistas. Porém, na prática, é comum que os postos assinem contratos de exclusividade com as distribuidoras para ostentar a marca em seu estabelecimento⁴²⁵. Dessa forma, a prática comercial – e a rejeição do consumidor aos postos de bandeira branca – acaba

⁴²² Art. 12. Será indeferido o requerimento de outorga de autorização para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos da pessoa jurídica (AEA): (...) f) de cujo quadro de sócios participe pessoa jurídica que seja autorizada pela ANP à atividade de TRR ou de revenda varejista de combustíveis automotivos.

⁴²³ Art. 26. Fica vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos autorizados pela ANP a participação no quadro de sócios de revendedor varejista de combustíveis automotivos autorizado pela ANP, assim como o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos.

⁴²⁴ A exceção aplica-se aos chamados “postos-escola”, anteriormente explicados.

⁴²⁵ Sobre esse assunto, o Cade realizou estudo detalhado do efeito de marca no mercado de combustíveis por ocasião do julgamento do caso Alesat/Ipiranga Ato de Concentração n. 08700.006444/2016-49.

afastando os efeitos buscados com a restrição regulatória.

O revendedor varejista que ostente a marca comercial de um distribuidor deve comercializar apenas o combustível fornecido por aquele distribuidor, na forma da Resolução ANP n. 41 de 2013, arts. 11 e 25 (chamados “postos embandeirados”). O posto revendedor é obrigado, desde a edição da Portaria do Ministério de Minas e Energia (“MME”) n. 362/1993 – que alterou a Portaria do Ministério da Infraestrutura (“Minfra”) n. 253/1991 –, a informar ao consumidor, “de forma clara e ostensiva”, a origem do combustível comercializado, enquanto o comerciante poderia optar por exibir ou não a marca comercial do distribuidor ou fornecedor dos combustíveis.

A existência dos postos embandeirados, contratualmente vinculados a determinado distribuidora, e dos postos de “bandeira branca”, que podem optar livremente pelo combustível que desejam adquirir, é uma opção que se demonstrou economicamente favorável ao consumidor em termos de preço, pois usualmente os postos de bandeira branca possuem estratégia de preços mais competitiva em relação aos demais (NASR & SANTOS, 2007). Entretanto, um problema comum enfrentado por estes agentes é o estigma em relação à origem do produto, que popularmente são tidas como “batizadas”, i.e., misturadas com produtos de procedência desconhecida (*idem*).

Dessa forma, a restrição vertical de participação societária na relação distribuidor-revendedor parece ser pró-competitiva, conforme observado pelo Cade por ocasião da análise do ato de concentração n. 08700.006444/2016-49, entre Ipiranga e Alesat. O fator a ser considerado nesses casos é o benefício da marca, pois o consumidor leva em conta essa distinção para avaliar a qualidade do produto.

Vedação de compra direta

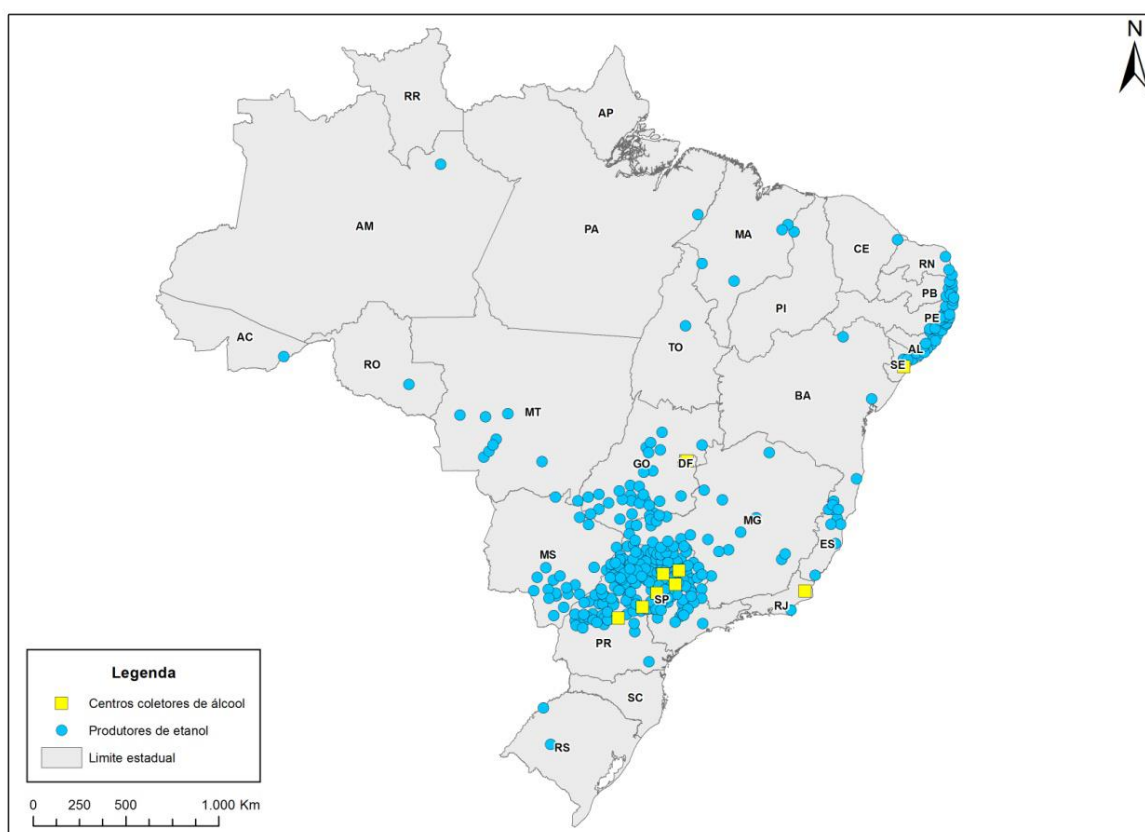
A segunda restrição vertical relevante que se evidencia a partir da análise da figura 1 acima é a impossibilidade de aquisição direta do combustível, por parte do revendedor varejista (denominado na figura como “postos de revenda”), das usinas de etanol (referidos na legislação pertinente como “fornecedores”), tema que abordaremos adiante.

Nesse sentido, é importante observar características típicas do mercado de produção e

distribuição do etanol hidratado, conforme assevera a ANP⁴²⁶:

O principal traço que distingue a distribuição de biocombustíveis da distribuição de derivados de petróleo é a pulverização das unidades de produção. Essa característica reflete-se diretamente na logística adotada, na qual predomina o modo de transporte rodoviário para a retirada dos produtos. No caso do etanol, ilustrado na Figura 32, há 384 unidades produtoras que o produzem basicamente pelo processo industrial que inclui: moagem da cana-de-açúcar, fermentação do caldo resultante e, por fim, destilação. Tradicionalmente, existem duas regiões produtoras no Brasil: a Centro-Sul, com destaque para o estado de São Paulo (48% do total produzido no país), e a Norte-Nordeste (7% da produção nacional).

Figura 2 – Localização das unidades produtoras de etanol



Fonte: ANP. Diagnóstico da Concorrência na Distribuição e Revenda de Combustíveis Automotivos.

Ao analisar as citações acima, percebe-se haver viabilidade no comércio direto entre produtores de etanol combustível e revendedores varejistas, muito embora haja vedação em razão de ato normativo da ANP. Nesse sentido, em 24 de dezembro de 2009, foi publicado no Diário Oficial da União (“DOU”) a Resolução ANP n. 43 de 2009 (“Resolução”), a qual,

⁴²⁶ ANP. **Diagnóstico da Concorrência na Distribuição e Revenda de Combustíveis Automotivos**, p. 82. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/wwwanp/?dw=81021>>.

conforme seu art. 1º, dispõe os requisitos para cadastramento de fornecedor, comercialização e envio de dados de etanol combustível à ANP.

O artigo 6º do referido ato administrativo delimita as possibilidades de comercialização de etanol, restringindo a venda pelo fornecedor a três agentes: outro fornecedor cadastrado na ANP, distribuidor autorizado pela ANP e mercado externo:

Art. 6º O fornecedor somente poderá comercializar etanol combustível com:
I - outro fornecedor cadastrado na ANP;
II - distribuidor autorizado pela ANP; e
III - mercado externo.

A referida vedação também está expressa no art. 14, I, da Resolução ANP n. 41 de 2013, nos seguintes termos:

Art. 14. O revendedor varejista de combustíveis automotivos somente poderá adquirir:
I - combustíveis automotivos a granel e querosene iluminante a granel ou envasado de distribuidor de combustíveis autorizado pela ANP, observado o art. 25. desta Resolução [...].

Nesse sentido, percebe-se que não é permitida a comercialização do etanol combustível entre o fornecedor e o revendedor varejista de combustíveis automotivos, nos termos do art. 2º da resolução mencionada, em conjunto com o art. 2º, XIX, da Resolução ANP n. 58 de 2014:

Resolução ANP n. 43 de 2009

Art. 2º Para os fins desta Resolução, adotam-se as seguintes definições:
[...]

V - distribuidor: pessoa jurídica, constituída sob as leis brasileiras, autorizada para o exercício da atividade de distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo, etanol combustível, biodiesel, mistura óleo diesel/biodiesel especificada ou autorizada pela ANP e outros combustíveis automotivos;

VI - fornecedor de etanol combustível: i) produtor de etanol com unidade fabril instalada no território nacional, ii) cooperativa de produtores de etanol, iii) empresa comercializadora de etanol, iv) agente operador de etanol, ou v) importador de etanol, não podendo, em nenhum dos casos, exercer as atividades de distribuição ou revenda varejista de combustíveis líquidos.

Resolução ANP n. 58 de 2014

Art. 2º Para os fins desta Resolução, ficam estabelecidas as seguintes definições:
[...]

XIX - Revendedor Varejista de Combustíveis Automotivos: pessoa jurídica autorizada pela ANP ao exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos;

Portanto, o órgão regulador exigiu que os revendedores varejistas adquirissem o etanol dos distribuidores, independentemente de tal opção trazer ou não benefício econômico ao revendedor. O referido quadro normativo criou uma restrição econômica aos revendedores varejistas, de modo que se pretende investigar a motivação do órgão regulador com a edição da medida, bem como seu impacto econômico.

Para fins da presente pesquisa, não foram localizados precedentes internacionais semelhantes à restrição vertical imposta pela Resolução n. 43 de 2009 e 41 de 2013, especificamente nos mercados pertencentes à OCDE. Em última análise, o consumidor de etanol combustível poderia ser prejudicado pela medida, uma vez que os custos do revendedor varejista com a intermediação do distribuidor são repassados ao consumidor. Nesse sentido, em relação aos efeitos da medida no preço do etanol combustível, os custos das distribuidoras compõem cerca de 5% do valor final do produto, segundo dados do Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes (SINDICOM)⁴²⁷.

Repise-se que, mesmo em momento de regulação mais intensa nos Estados Unidos, ainda assim, se limitava tão somente à participação de um elo da produção em outro, jamais limitando o poder de comercializar entre empresas que, embora de um mesmo mercado, não partilhavam o grupo econômico.

ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DAS RESTRIÇÕES REGULATÓRIAS

Passa-se nesse tópico a investigar os possíveis fundamentos jurídicos e econômicos que levaram à edição das normas analisadas. Nesse contexto, partimos da premissa que as normativas editadas pela agência reguladora devem ser coerentes com os princípios que regem a Administração Pública, observando a importância da obediência aos princípios norteadores da ANP.

Nesse sentido, é notória a força normativa dos princípios constitucionais, sendo igualmente coercitivos os elencados na lei de instituição da ANP. A redundância dos princípios na lei orienta o regulador em sua atividade, limitando seu escopo de atuação à conformidade com tais normas, ainda que mais genéricas e abstratas que as regras em sentido estrito. Assim,

⁴²⁷ SINDICOM. **A Composição de Preço da Gasolina, do Etanol e do Diesel (Position Paper)**. Disponível em <<http://combustivellegal.com/wp-content/uploads/2016/11/Position-Paper-Composi%C3%A7%C3%A3o-Pre%C3%A7o-Combust%C3%ADveis-V3.pdf>>. Acesso em 23 jan. 2018.

a inserção do distribuidor na cadeia do etanol deve observar os princípios elencados no art. 3º do Decreto n. 2.455, de 14 de janeiro de 1998, que criou a ANP⁴²⁸.

Do ponto de vista do princípio da reserva legal, cabe lembrar que resoluções administrativas se caracterizam como diplomas de caráter técnico destinados a integrar e detalhar normas genéricas de hierarquia superior, como decretos ou leis em sentido estrito, que são instrumentos adequados para impor condutas e determinar penas para os que faltarem aos seus preceitos. Nesse sentido, não pode o órgão regulador restringir o livre comércio em determinado setor, salvo por imperativos de segurança ou saúde.

Assim, a nosso ver, a ANP aparentemente extrapola as competências estabelecidas em sua norma instituidora (Lei n. 9.478 de 1997) e o disposto no artigo 37 da Constituição Federal, especificamente o princípio da legalidade ao impor restrição à livre concorrência. Necessário asseverar que a instituição de agências reguladoras, como entes descentralizados aptos ao estabelecimento de regras em setores específicos, não significa que se tenha derogado da Constituição a premissa segundo a qual a delegação de atribuições normativas tem limites na Constituição.

A Advocacia Geral da União, no âmbito da Nota N.1-ORJ/GAB/AGU-2009, emitiu opinião no mesmo sentido, apontando que “a edição de normas regulatórias sobre direitos fundamentais (como é o caso da livre concorrência e da defesa do consumidor) exige, a despeito do processo de deslegalização, a observância do conteúdo essencial. Com isso, o regulador deve se pautar pelo marco da lei e não interferir na esfera que compete ao legislador”⁴²⁹.

Relativamente ao inciso II, discute-se a possibilidade de a Resolução n. 43 de 2009 violar o princípio da reserva legal ao impor uma restrição comercial aos revendedores varejistas, redundando em reserva de mercado quanto aos distribuidores. A edição de tal ato normativo estaria em consonância com o princípio da legalidade caso se destinasse a detalhar sanções já previstas em lei, o que não é o caso.

O Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, detém entendimento semelhante, conforme decisão no âmbito da ADI 2.075, da relatoria do Min. Celso de Mello:

⁴²⁸ Art. 3º Na execução de suas atividades, a ANP observará os seguintes princípios: [...] III - regulação para uma apropriação justa dos benefícios auferidos pelos agentes econômicos do setor, pela sociedade e pelos consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo; IV - regulação pautada na livre concorrência, na objetividade, na praticidade, na transparência, na ausência de duplicidade, na consistência e no atendimento das necessidades dos consumidores e usuários; V - criação de condições para a modicidade dos preços dos derivados de petróleo, dos demais combustíveis e do gás natural, sem prejuízo da oferta e da qualidade;

⁴²⁹ Nota N.1-ORJ/GAB/AGU-2009, de 08.06.2009, aprovada pelo Min. Dias Toffoli, então Advogado-Geral da União, cf. despacho proferido nos autos do processo n. 00406.001468/2007-33, de 15.06.2009.

O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei – analisada sob tal perspectiva – constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas a título primário de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio que, fundado na autoridade da Constituição, impõe à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe ao poder executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislar), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes⁴³⁰.

Cumprе ressaltar que a Constituição estabelece, em seu art. 170, ser a ordem econômica fundada na livre iniciativa e deve observar os princípios da livre concorrência (inciso IV) e da defesa do consumidor (inciso V). Desse modo, eventual restrição arbitrária à livre concorrência e aos direitos do consumidor, como é o caso da Resolução mencionada, constitui descumprimento do disposto no artigo 170 da CF/88.

No âmbito dos Processos Administrativo n. 48610.001440/2009-79 e 48610.002160/2012-83, assim como as Propostas de Ação n. 135 de 2009 e n. 134 de 2012, o órgão regulador veiculou estudos técnicos-normativos para justificar a manutenção da aquisição de etanol exclusivamente do distribuidor. Nesse contexto, a principal justificativa apresentada é o papel desses agentes econômicos na estabilização da oferta de etanol nos períodos de entressafra.

Naquela ocasião, a Superintendência de Abastecimento (“SAB”) da ANP apontou que a vedação de comercialização direta das usinas para os postos revendedores busca reproduzir o fato de existirem ganhos de escala significativos na atividade de combustíveis líquidos – o que faria com que a comercialização com diversos agentes fosse menos eficiente. Contudo, a vedação é questionável nesse sentido ao considerarmos que os postos são proibidos de alugar armazéns de estocagem, de modo que precisam de maior capital para manterem estoques

⁴³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2075 MC**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2001, DJ 27-06-2003 PP-00028 EMENT VOL-02116-02 PP-00251.

próprios⁴³¹.

Além disso, a SAB considerou, no âmbito dos estudos técnicos, que mesmo os distribuidores de combustíveis que atuam em todo território nacional mantêm estoques operacionais correspondentes a sete dias de vendas⁴³². Sob esta ótica, a justificativa de estabilização da oferta não se sustenta.

Nesse viés, observe-se que a Coordenadoria de Defesa da Concorrência da ANP se manifestou no sentido de que a inserção de mais um agente na cadeia de comercialização de etanol não redundaria em incremento da concorrência, como a Superintendência de Abastecimento (SAB/ANP) alegava, mas, ao contrário, seria “apenas mais um elo na cadeia já existente”. Confira-se:

[...] uma medida mais profícua para incentivar o nível de concorrência e o desenvolvimento do mercado futuro de etanol, parece necessitar de uma revisão do modelo regulatório sobre o qual está estruturado o mercado interno de álcool combustível atualmente, o que não é contemplado na minuta apresentada para análise.⁴³³

Ademais, em documento divulgado durante a crise de abastecimento de 2018, o Cade apontou⁴³⁴ que a inserção de intermediário desnecessariamente encarece o abastecimento dos veículos com etanol combustível; bem como diminui a eficiência da cadeia de produção do etanol hidratado, por reduzir a demanda pelo combustível junto ao produtor.

Quanto à importância logística dos distribuidores, vale distinguir os dois tipos de etanol produzidos para fins de abastecimento de veículos: etanol hidratado e etanol anidro⁴³⁵. O primeiro diz respeito ao combustível propriamente dito, utilizado em veículos que comportem motores a combustão modelo *flex*. O etanol anidro, noutro giro, é utilizado para a mistura com a Gasolina A, na razão de 27% do volume final, tendo por produto a Gasolina C automotiva, comercializada no varejo.

Considerando-se que a argumentação aqui trazida diz respeito ao etanol hidratado, o qual ao final da etapa de produção já se encontra pronto para a revenda, a inserção do agente

⁴³¹ Conforme determina a Resolução ANP n. 58/2014.

⁴³² ANP. Parecer SAB sobre a empresa comercializadora. Disponível em http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/528895/RESPOSTA_PEDIDO_Parecer%20SAB.pdf. Acesso em 29/06/2018.

⁴³³ Id. Ibid. p. 9.

⁴³⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência. Disponível em http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade_medidas-28maio2018-final.pdf. Acesso em 21.06.2018.

⁴³⁵ ANP. **Etanol**. Apresenta informações sobre produção e fornecimento de biocombustíveis. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/producao-de-biocombustiveis/etanol?view=default>. Acesso em 3 jan. 2018.

distribuidor não pode ser justificada – como ocorre na cadeia de fornecimento da gasolina – em razão da eventual necessidade de mistura para a sua venda ao consumidor final.

Portanto, em razão das resoluções editadas pela ANP, o etanol produzido deve ser comercializado exclusivamente com o distribuidor, restringindo-se à perspectiva da cadeia de produção com a finalidade de fornecer o etanol hidratado ao consumidor final. Cumpre destacar que o mercado de distribuição de combustíveis é consideravelmente concentrado, conforme assevera o CADE à ocasião da publicação do Parecer n. 1/2017/CGAA4/SGA1/SG, em decisão que impugnou a compra da Alesat pela Ipiranga:

34. Os ativos de estoque da atividade de distribuição são de dois tipos: terminais (terrestres ou aquaviários) e bases de combustíveis. Os terminais se localizam próximos a portos, dutos ou ferrovias e geralmente recebem o combustível da produtora ou de um fluxo de cabotagem. São ativos que não podem ser diretamente detidos por distribuidoras, constituindo-se idealmente como espaços de operadores logísticos disponíveis para atendimento às distribuidoras e outros agentes. Não obstante, as grandes distribuidoras pertencem a grupos econômicos que são proprietários da maior parte dos terminais portuários autorizados a movimentar combustíveis líquidos no país, o que, como se verá à frente, é determinante para a existência de barreiras à entrada e de dificuldades por parte das distribuidoras menores em oferecer efetiva contestação frente às grandes.

35. Por sua vez, as bases são propriamente os ativos das distribuidoras, canalizando os fluxos ao longo de sua cadeia de operações. Elas são compostas basicamente por tanques de armazenamento, pátio e plataformas de carregamento e descarregamento dos modais de carga (dutos, vagões de trem, caminhões-tanque). Conforme será relatado em breve, a posse de bases com acesso a modais estratégicos na localidade pode ser um grande diferencial competitivo para uma distribuidora na competição em um corredor logístico. Antes de 2014, era possível a uma distribuidora entrar no mercado apenas arrendando espaço em bases alheias, sem possuir base própria. No entanto, com a edição da Resolução ANP n. 58/2014, as entrantes devem possuir propriedade, exclusiva ou compartilhada (condomínio), sobre 750 m³ de espaço em base que atenda aos requisitos da Resolução ANP n. 42/2011. [...]

Nesse contexto, a Resolução editada pela ANP impõe aos revendedores que adquiram o etanol dos distribuidores, mesmo que isso signifique o aumento em seus custos de transporte e operação. Assim, caso um revendedor varejista esteja geograficamente localizado em região próxima a um produtor do combustível, não pode efetuar a compra direta em razão exclusivamente da vedação regulatória, impondo aumento de custos ao consumidor final.

Desse modo, a criação de uma dependência vertical dos revendedores em relação às distribuidoras se mostra em descompasso com a busca pelo aumento da competitividade no setor, criando uma dependência dos revendedores varejistas em relação às grandes

distribuidoras. Em última análise, o consumidor arca com custos maiores para abastecimento em razão da determinação regulatória carecedora de externalidades positivas – novamente, ressalte-se que não foram encontrados documentos públicos que justificassem tecnicamente a medida.

Além disso, a Resolução permite, ao menos em tese, que as grandes distribuidoras afetem o preço final do combustível, por serem as maiores compradoras de combustível do fornecedor. Nesse cenário, o poder de monopólio possibilitaria aos compradores adquirir a mercadoria por valor inferior ao preço que prevaleceria em um mercado competitivo.

Os documentos e as publicações da ANP não demonstram de maneira clara as razões técnicas para a restrição vertical imposta aos revendedores varejistas de combustível, de modo que realizamos um esforço dedutivo a partir das normas de segurança e estoque da autarquia para contrapor ao contexto jurídico e econômico apresentado nesse tópico. Entretanto, as regras de armazenagem e segurança que compõem o panorama regulatório das distribuidoras são aplicáveis também à estocagem e transporte realizado por revendedores varejistas, de modo que tal argumento não seria suficiente para afastar as externalidades negativas encontradas em razão da vedação de compra implementada pela Resolução no. 43 de 2009 da ANP.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, foi possível perceber que o mercado de combustíveis no Brasil é altamente regulado, com concentrações de grandes grupos econômicos em etapas específicas, como a de distribuição dos combustíveis. Nesse cenário, a edição de normativos restritivos a novos *players* potencialmente incentiva a concentração e a manutenção de poucos agentes neste mercado, reduzindo a concorrência e incrementando o preço do combustível no *downstream*.

De igual modo, as restrições verticais impostas pelo regulador carecem de fundamentos técnicos, de forma que podem ser compreendidas como contrárias aos princípios que regem a atividade econômica, nos termos do art. 170 da Constituição Federal, em especial à livre concorrência. Não bastasse isso, há conflito aparente entre os efeitos do ato regulamentar e os princípios que regem a Administração Pública, mormente quando se analisa a Resolução em face da reserva legal, que limita a atividade do regulador.

Ao longo do presente estudo, foi possível observar que, no momento de edição da

Resolução ANP n. 43 de 2009, fruto da Proposta de Ação n. 135 de 2009 e da Resolução de Diretoria n. 1219 de 2009 da agência reguladora, não houve discussão detida acerca de todos os dispositivos que integrariam a norma administrativa. Naquele momento, a preocupação do regulador voltou-se principalmente para a inserção do “agente comercializador de etanol” na cadeia produtiva do combustível.

Por fim, ressalte-se o fato de terem havido posicionamentos contrários à edição da norma, e diversas advertências a externalidades negativas provenientes da inserção de mais elos na cadeia de comercialização do etanol, ambos contrariados pela aprovação do ato normativo e sua conseqüente publicação no Diário Oficial da União em 24 de dezembro de 2009. Nesse sentido, conclui-se pela ausência de discussão, no bojo da agência reguladora, acerca da atual estrutura do mercado de etanol combustível.

Não é despiciendo dizer, portanto, que a estrutura à qual o mercado de etanol está vinculado é passível de alterações com o fito de promover maior concorrência no setor e diminuir o custo para o consumidor final. Nesse contexto, destaque-se a tramitação de propostas legislativas com esse fim, bem como orientações do órgão antitruste nessa mesma toada, quais sejam: o Projeto de Lei do Senado n. 268/2018⁴³⁶, o Projeto de Decreto Legislativo n. 916/2018⁴³⁷ e o documento “Propostas para o Setor de Combustíveis”⁴³⁸, elaborado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

⁴³⁶ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 268, de 2018**. Altera a Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, para disciplinar a comercialização de etanol. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133468>>.

⁴³⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PDC 916/2018 (Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo)**. Susta o artigo 6º da Resolução ANP nº 43 de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2172828>>.

⁴³⁸ CADE. **Cade apresenta propostas para o setor de combustíveis**. Elenca medidas que tem por objetivo aumentar a concorrência do setor e diminuir custo de combustíveis ao consumidor final. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-apresenta-propostas-para-o-setor-de-combustiveis>>.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANP. **Diagnóstico da Concorrência na Distribuição e Revenda de Combustíveis Automotivos**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/wwwanp/?dw=81021>>. Acesso em 30 de janeiro de 2018. Publicado em 2016.

_____. **Etanol**. Apresenta informações sobre produção e fornecimento de biocombustíveis. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/producao-de-biocombustiveis/etanol?view=default>>.

_____. **Transportador Revendedor Retalhista (TRR)**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/distribuicao-e-revenda/transportador-retalhista>>.

BRASIL. **Decreto n. 76.593, de 14 de novembro de 1975 – Institui o Programa Nacional do Álcool e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-76593-14-novembro-1975-425253-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

_____. Advocacia Geral da União. **Nota N.1-ORJ/GAB/AGU-2009**, de 08.06.2009, aprovada pelo Min. Dias Toffoli, então Advogado-Geral da União, cf. despacho proferido nos autos do processo n. 00406.001468/2007-33, de 15.06.2009.

_____. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo. **Processo Administrativo nº 48610.001440/2009-79**.

_____. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo. **Processo Administrativo nº 48610.002160/2012-83**.

_____. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo. **Proposta de Ação nº 135/2009**.

_____. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo. **Proposta de Ação nº 134/2012**.

_____. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis. **Resolução nº 43, de 22 de dezembro de 2009**. DOU 24/12/2009.

_____. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis. **Resolução nº 41, de 05 de novembro de 2013**. DOU de 06/11/2013.

_____. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis. **Resolução nº 58, de 17 de outubro de 2014**. DOU de 20/10/2014 (nº 202, Seção 1, pag. 68).

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2075 MC**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2001, DJ 27-06-2003 PP-00028 EMENT VOL-02116-02 PP-00251.

MARCHESINI, L. Ale, BR, Ipiranga e Raízen são acusadas de cartel. **Valor Econômico**,

Brasília, 5 jan. 2018. <<http://www.valor.com.br/empresas/5246473/ale-br-ipuranga-e-raizen-sao-acusadas-de-cartel>>.

NASR, M. A.; SANTOS, Z. M. C. A influência da marca nos postos de abastecimento de combustíveis. **Cadernos UniFOA**, Volta Redonda, RJ, v. 2, n. 5, dez. 2007. Disponível em: <http://web.unifoa.edu.br/cadernos/edicao/05/cadernos_n05_online.pdf> (pp. 34-41). Acesso em: 15 de janeiro de 2018.

OECD. **Competition Policy for Vertical Relations in Gasoline Retailing**. Reporto n experiences with the structural separation recommendation. 2008.

PETROBRAS. **Composição de Preços da Gasolina: Saiba como Funciona - Petrobras**. Cadeia de Comercialização e a Composição dos Preços. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/produtos-e-servicos/composicao-de-precos-de-venda-ao-consumidor/gasolina/>>.

RENEWABLE FUELS ASSOCIATION. **Industry Statistics**. Apresenta estatísticas acerca da produção global de etanol. Disponível em: <<http://www.ethanolrfa.org/resources/industry/statistics/#1454099103927-61e598f7-7643>>.

SINDICOM. **A Composição de Preço da Gasolina, do Etanol e do Diesel (Position Paper)**. Disponível em <<http://combustivellegal.com/wp-content/uploads/2016/11/Position-Paper-Composi%C3%A7%C3%A3o-Pre%C3%A7o-Combust%C3%ADveis-V3.pdf>>.