



Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



Vol. 8
Nº 1
2020 - Junho

2318 2253

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Volume 8 – Junho 2020 – ISSN 2318-2253

Periodicidade semestral

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

Conselho Editorial

Amanda Athayde Linhares Martins, UnB, Brasília, Brasil.

Amanda Flávio de Oliveira, UnB, Brasília, Brasil.

Ana de Oliveira Frazão, UnB, Brasília, Brasil.

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Celso Fernandes Campilongo, USP, São Paulo, Brasil.

Dênis Alves Guimarães, UCB, Brasília, Brasil.

Diogo R. Coutinho, USP, São Paulo, Brasil.

Edmond Schlumberger, Université Paris 8, Paris, França.

Eduardo Molan Gaban, PUC, São Paulo, Brasil.

Eleanor Fox, NYU, Nova York, Estados Unidos da América.

Gesner José de Oliveira Filho, FGV, São Paulo, Brasil.

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, FGV, Brasília, Brasil.

Guilherme Ribas USP, São Paulo, Brasil.

Ivo Gico Junior, UniCeUB, Brasília, Brasil.

Laurence Idot, University Paris II Panthéon-Assas, Paris, França.

Leonardo Peixoto Leal, UNIFOR, Ceará, Brasil.

Leonor Cordovil, São Paulo, Brasil.

Marcio de Oliveira Júnior, UnB, Brasília, Brasil.

Marcos Vinícius Torres, UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Paulo Burnier da Silveira, UnB, Brasília, Brasil.

Paulo Furquim de Azevedo, INSPER, São Paulo, Brasil.

Saulo Bichara Mendonça, UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Vinicius Marques de Carvalho, USP, São Paulo, Brasil.

William Kovacic, Columbia University, Columbia, Estados Unidos da América.

Editor-Chefe

Luis Henrique Bertolino Braido: doutor em Economia pela Universidade de Chicago, mestre em Economia pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e pela Universidade de Chicago e graduado em Economia pela Universidade de São Paulo. É professor associado da FGV, na Escola de Pós-graduação em Economia e Finanças. É Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Coordenação Editorial

Braulio Cavalcanti Ferreira

Caio Carvalho Correia Barros

Déborah Lins e Nóbrega

Iara do Espírito Santo

Keila de Sousa Ferreira

Paulo Eduardo Silva de Oliveira

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

Site: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia>

Pareceristas

Andrea Moreira da Fonseca Boechat, UEM, Maringá, Brasil

Adriano Camargo Gomes, USP, São Paulo, Brasil.

Amanda Athayde Linhares Martins, UnB, Brasília, Brasil.

Amanda Flávio de Oliveira, UnB, Brasília, Brasil.

Ana de Oliveira Frazão, UnB, Brasília, Brasil.

Bruno de Castro, UFMG, Belo Horizonte, Brasil

Caio Mário Pereira Neto, USP, São Paulo, Brasil

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Celso Fernandes Campilongo, USP, São Paulo, Brasil.

Daniel Boson, UniCeuB, Brasília, Brasil

Dênis Alves Guimarães, UCB, Brasília, Brasil.

Diogo R. Coutinho, USP, São Paulo, Brasil.

Eduardo Molan Gaban, PUC, São Paulo, Brasil.

Fernando Amorim, UnB, Brasília, Brasil.

Fernando de Magalhães Furlan, UnB, Brasília, Brasil

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, FGV, Brasília, Brasil.

Guilherme Ribas USP, São Paulo, Brasil.

Leonardo Peixoto Leal, UNIFOR, Ceará, Brasil.

Leonor Cordovil, São Paulo, Brasil.

Marcelo Calliari, USP, São Paulo, Brasil

Marcio de Oliveira Júnior, UNB, Brasília, Brasil.

Marcos Vinícius Torres, UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Paulo Furquim de Azevedo, INSPER, São Paulo, Brasil.

Pedro Florêncio, IBMEB, Brasília, Brasil.

Raquel Santana, UFSC, Florianópolis, Brasil.

Renata Oliveira, UFRN, Natal, Brasil.

Sílvia Fragá, FGV, São Paulo, Brasil.

Vicente Bagnoli, Mackenzie, São Paulo, Brasil

Vinicius Marques de Carvalho, USP, São Paulo, Brasil.

SUMÁRIO

Apresentação	6
A crise do COVID-19 e a defesa da concorrência: desafios e perspectivas à luz das orientações da OCDE, Paulo Burnier da Silveira, Antonio Capobianco, Marcos Fabricio Pova.....	7
Direito antitruste face a crises econômicas: desafios enfrentados pela legislação antitruste no brasil face a crise econômica gerada pela COVID-19, Polyanna Vilanova e Julia Werberich.....	20
Análise da concentração do mercado brasileiro de telefonia móvel, Gabriela Carvalho e Silvinha Vasconcelos.....	47
Interpretação e aplicação dos elementos de dosimetria da pena do art. 45 da Lei nº 12.529/11, Daniel Boson	72
Defesa da concorrência e verticalização portuária, Osvaldo Agripino de Castro Junior e Maicon Rodrigues.....	107
Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência, Paula Ponce.....	134
Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: análise da aplicação da state action doctrine a partir do julgamento do caso ANFAPE, Jéssica Coelho Costa.....	177
Dos Acordos de Leniência do CADE e da CGU: qual é o balcão é o mais atrativo?, Gabriel Caser.....	207
A experiência histórica dos Princípios Sullivan e a sua importância para o desenvolvimento da autorregulação da conduta empresarial conforme os Direitos Humanos, Mateus de Oliveira Fornasier, Luciano Vaz Ferreira e Ana Lara Tondo..	237

Apresentação

Comemoramos o lançamento da 15ª edição da Revista de Defesa da Concorrência (RDC), fruto de dedicado trabalho do Corpo Editorial, do apoio de presidentes do CADE, da colaboração de Conselheiros e servidores do órgão, do suporte de especialistas integrantes do Conselho Editorial, do trabalho qualificado de diversos avaliadores e, acima de tudo, da forte atividade intelectual na área de defesa da concorrência. Ao longo de quase 8 anos de existência, publicamos 127 artigos, de 154 autores afiliados a instituições de 10 países diferentes (Brasil, Inglaterra, República Tcheca, Paraguai, Peru, Argentina, Chile, EUA, Austrália e Portugal).

A edição da Lei 12.529/2011 trouxe inovações à política brasileira de defesa da concorrência que reverberaram em mudanças significativas no CADE, tais como a ampliação da estrutura organizacional e a aquisição de novas competências. Manteve-se sua missão pedagógica, o que serviu de força motriz para a formulação de uma publicação científica periódica, surgindo a Revista de Defesa da Concorrência em 2013. A RDC é concebida em meio eletrônico, com processo editorial automatizado e aderente às boas práticas acadêmicas.

Em 2015, com apenas dois anos de publicação, a RDC foi qualificada na categoria B2, na área de Direito, pela Qualis/CAPES. Na avaliação seguinte, recebeu qualificação B1. Pretendemos seguir avançando nesta e em outras métricas de qualidade. Atualmente, a RDC está indexada em nove portais de conteúdo científico, quais sejam, Portal de Periódicos da CAPES, Latindex, Diadorim, Sumários.Org, Rede RVBI, LivRe, RCAAP, Google Acadêmico e ROAD. A consolidação da publicação em diferentes regiões do país e exterior, a expansão de sua indexação em portais especializados e a obtenção de certificação digital do conteúdo publicado são importantes avanços perseguidos pelo Corpo Editorial. Os resultados positivos obtidos até então nos incentivam a perseguir esses desafios.

Hoje, publicamos a 15ª edição, comemorativa pelo trabalho profícuo de todos esses anos. Agradecemos aos Professores Vinicius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, primeiros Editores-chefes da Revista, pelo incentivo à retomada desta publicação; ao Professor Paulo Burnier da Silveira pelo trabalho dedicado desde a concepção da RDC até 2019, contribuindo para a consolidação da Revista na literatura antitruste; ao Conselho Editorial, pela chancela à produção acadêmica veiculada; aos avaliadores que garantiram a qualidade dos artigos; e a todos que participaram da preparação desta edição, notadamente, Paulo Eduardo S. de Oliveira, Keila de Souza Ferreira, Iara do Espírito Santo, Déborah Lins e Nóbrega, Caio C. Correia Barros e Bráulio Cavalcanti Ferreira, pelo trabalho desempenhado.

A presente edição é composta por nove artigos de temas atuais e relevantes sobre defesa da concorrência. Os dois primeiros abordam a pandemia do COVID-19 que atualmente passamos: um sobre desafios e perspectivas com referencial da OCDE e outro sobre medidas possíveis ao Cade nesse novo cenário. O terceiro artigo analisa a concentração do mercado brasileiro de telefonia móvel impactado pelo aumento de demanda entre os consumidores e pelas inovações tecnológicas, com recorte dos anos de 2011 a 2019. Temos também um artigo que trata, de forma sistemática, sobre a aplicação dos critérios legais concernente à dosimetria da pena por ilícito concorrencial.

Nosso quinto artigo estuda a verticalização portuária, sob o caso da armazenagem portuária da APM Terminals versus Portonave, em Santa Catarina. A seguir, contemplamos produção sobre questão atual, o direito a portabilidade de dados, abordando sua repercussão benéfica à concorrência e possíveis desvios, à luz da legislação brasileira e europeia. O sétimo artigo versa sobre direitos de propriedade intelectual frente à defesa da concorrência, com estudo do caso ANFAPE. O penúltimo, compara os programas de leniência do Cade e da CGU quanto aos benefícios à sociedade. Por fim, apresentamos artigo sobre a importância e da atualidade dos Princípios Sullivan para fixação de obrigações de caráter social pelas empresas.

Desejamos uma boa leitura a todos!

Alexandre Barreto de Souza
Presidente do CADE

Luis Henrique B. Braido
Editor-chefe da RDC

**A crise do COVID-19 e a defesa da concorrência:
desafios e perspectivas à luz das orientações da OCDE**

*The COVID-19 crisis and competition defense: challenges and perspectives in the
light of oecd guidelines*

Paulo Burnier da Silveira¹

Antonio Capobiano²

Marcos Fabricio Povoá³

RESUMO

A crise sanitária e econômica provocada pela pandemia do Coronavírus acende uma série de questões jurídicas, que incluem as relações trabalhistas, a proteção dos consumidores, a livre-concorrência, o acesso a dados pessoais para fins de monitoramento social, entre tantos outros. Esse artigo tem por objetivo lançar luz sobre os desafios e as perspectivas no campo da defesa da concorrência. Inicialmente, os aspectos concorrenciais são examinados, como a prática de *price gouging*, as colaborações entre concorrentes, a aquisição de concorrentes em dificuldades financeiras, bem como a importância de promover a concorrência em contratações públicas emergenciais. Em seguida, aborda-se a sua interface no plano consumerista, bem como as orientações elaboradas pela OCDE sobre o tema. Por fim, conclui-se com reflexões em vista de perspectivas futuras.

Palavras-chave: Coronavírus; crise econômica; defesa da concorrência; proteção dos consumidores; *price gouging*; contratações públicas emergenciais; planos de saída (*exit plans*).

ABSTRACT

The crisis caused by the Coronavirus pandemic sparks a series of legal issues, which include labor relations, consumer protection, free competition, access to personal data for purposes of social monitoring, among others. This paper aims to shed light on the challenges and perspectives in the field of competition. First, it examines the competition issues including the practice of price gouging, the collaboration agreements between competitors, the acquisition of companies in financial difficulties, as well as the importance of competition in emergency public procurement proceedings. The, it continues with considerations on consumer protection and addresses the policy responses issued by the OECD on this matter. Finally, the paper concludes with an overview on future perspectives.

Keywords: Coronavirus; economic crisis; competition protection; consumer protection; *price gouging*; emergency procurement proceedings; exit plans.

1 PhD em Direito Internacional pela Université de Paris II e pela Universidade de São Paulo, Professor na Universidade de Brasília (UnB). E-mail: paulobsilveira@gmail.com.

2 Chefe interino da Divisão de Concorrência da OCDE LL.M. NYU. E-mail: antonio.capobianco@oecd.org.

3 Professor na Universidade de Paris, Doutor em Direito pela Universidade de Paris

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Dimensões no campo concorrencial. 2.1. Prática de price gouging. 2.2. Colaboração entre concorrentes. 2.3. Aquisições de concorrentes em dificuldade financeira. 2.4. Advocacia da concorrência nas contratações públicas emergenciais 3. 3. Interface no campo consumerista. 4. Orientações da OCDE. 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a pandemia do COVID-19, da família Coronavírus. Ao redor do mundo, há mais de 5 milhões de casos confirmados e 300 mil óbitos, o que denota a gravidade da situação.⁴

No plano econômico, a crise deflagrada já pode ser considerada como a mais grave do séc. XXI, como afirmado pelo Secretário-Geral da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).⁵ A crise também reacende uma série de questões jurídicas, que incluem as relações trabalhistas, a proteção dos consumidores, a livre-concorrência, o acesso a dados pessoais para fins de monitoramento social, entre tantos outros.

Esse artigo tem a intenção de lançar luz sobre desafios e perspectivas no terreno da defesa da concorrência. Em debate mais amplo, os efeitos da pandemia poderão ensejar um reexame do próprio papel do Estado na economia e de suas formas de atuação, com possíveis impactos nos entendimentos sobre as políticas de defesa da concorrência no Brasil e no exterior.

Para enfrentar o tema, o artigo abordará inicialmente as principais dimensões concorrenciais to tema, incluindo a prática de *price gouging* (aumento de preços de forma ilegal ou imoral), colaborações entre concorrentes e outras situações de crise econômica, como cartéis de crise e aquisições de empresas em dificuldade financeira. Em seguida, algumas reflexões consumeristas serão lançadas. Por fim, breves considerações finais serão desenvolvidas, sobretudo em vista de perspectivas futuras.

⁴ Informações de 21.05.2020. Fonte: www.worldometers.info/coronavirus.

⁵ Angel Gurría. “Tackling the coronavirus (COVID-19): Contributing to a global effort”. Disponível em: www.oecd.org/coronavirus/ (acesso em 22.03.2020).

2. Dimensões no campo concorrencial

A crise do Coronavírus suscita diversos desafios para o Direito da Concorrência. Abaixo serão examinadas a prática de *price gouging*, colaborações entre concorrentes, bem como outras situações de crise econômica.

2.1. Prática de *price gouging*

A expressão *price gouging* se refere à prática comercial de aumento de preços a níveis considerados injustos. No campo da ética, a prática pode ser considerada como antiética em situações de calamidade pública ou força maior, como em casos de furacão ou epidemias. No terreno concorrencial, a prática pode ser configurada como ilícita quando preenchidos alguns requisitos capazes de configurar uma ação exploratória (ou espoliativa) em face de concorrentes. A dificuldade está justamente na configuração da prática ilícita ou antiética, tendo em vista a lógica de uma economia de mercado baseada na formação de preços relacionado à oferta e à procura. Um choque nessa equação, como uma redução abrupta da oferta ou aumento acentuado da procura, tende assim à elevação de preços. Isso pode ocorrer no elo que atende diretamente o consumidor final, como em elos intermediários da cadeia, por exemplo no fornecimento de trigo ou leite para insumos diversos que serão então vendidos aos consumidores finais.

Em alguns países, a prática de *price gouging* é crime. Isso ocorre em alguns Estados dos EUA, que desenvolveram maneiras de enfrentar a questão no plano jurídico. Na Florida, inverte-se o ônus da prova para que a defesa do acusado demonstre que o aumento de preço reflete aumentos na estrutura de custos da cadeia produtiva, como no caso de necessidade da contratação de uma geração adicional de energia. Na Califórnia, há uma legislação penal específica que proíbe um aumento superior a 10% aos preços habitualmente praticados após a declaração oficial de emergência.⁶ Destaca-se o trecho abaixo, que oferece a justificativa para a edição de tal norma na Califórnia:

⁶ Código Penal do Estado da Califórnia. Seção 396 (b): “Upon the proclamation of a state of emergency declared by the President of the United States or the Governor, or upon the declaration of a local emergency by an official, board, or other governing body vested with authority to make that declaration in any county, city, or city and county, and **for a period of 30 days following that proclamation or declaration**, it is unlawful for a person, contractor, business, or other entity to sell or offer to sell any consumer food items or goods, goods or services used for emergency cleanup, emergency supplies, medical supplies, home heating oil, building materials, housing, transportation, freight, and storage services, or gasoline or other motor fuels for **a price of more than 10 percent greater than the price charged by that person for those goods or services immediately prior to the proclamation or declaration of emergency**. However, a greater price increase is not unlawful if that person can

While the pricing of consumer goods and services is generally best left to the marketplace under ordinary conditions, when a declared state of emergency or local emergency results in abnormal disruptions of the market, the public interest requires that excessive and unjustified increases in the prices of essential consumer goods and services be prohibited.⁷

No plano concorrencial, a prática gera preocupação, mas as autoridades da concorrência costumam ter dificuldades em comprovar os efeitos negativos sobre o mercado, como se depreende da literatura especializada sobre preços excessivos.⁸ Em geral, esse prejuízo apenas poderia existir quando a prática for perpetuada por empresa com posição dominante prévia em determinado mercado. Caso a posição dominante seja inexistente, a teoria econômica sinaliza que outras forças do mercado poderiam rapidamente rivalizar com aquele aumento de preço e oferecer produtos em melhores condições ao mercado.

No contexto da atual crise sanitária, a questão se coloca de modo latente e deve ser enfrentada a despeito da melhor forma em fazê-lo – seja por meio do direito da concorrência, do direito do consumidor, da regulação econômica, ou mesmo alterações normativas. Do ponto de vista concorrencial, há a possibilidade de ações de *enforcement* da parte das autoridades da concorrência, como investigações sobre possíveis condutas de preços excessivos. Há também a possibilidade de ações de *advocacy* que podem se mostrar até mais efetivas no curto prazo, como promover a redução de barreiras à entrada (por exemplo que permitam a produção caseira ou artesanal de álcool gel). Em linha semelhante, as autoridades da concorrência podem promover igualmente a redução de barreiras tarifárias e/ou sanitárias que permitam aumentar a importação de certos produtos escassos no mercado doméstico. Eventuais riscos sanitários poderiam ser reduzidos com o aumento de orientações públicas através dos órgãos sanitários (como ANVISA) ou de proteção do consumidor. Essas medidas podem contribuir para maior equilíbrio na oferta e demanda, reduzindo a pressão sobre os preços que decorrem do aumento abrupto da demanda.

A prática de preços abusivos deve ser combatida, havendo diferentes instrumentos jurídicos para enfrentar a questão. No curto período de deflagração da pandemia, nota-se a

prove that the increase in price was directly attributable to additional costs imposed on it by the supplier of the goods, or directly attributable to additional costs for labor or materials used to provide the services, during the state of emergency or local emergency, and the price is no more than 10 percent greater than the total of the cost to the seller plus the markup customarily applied by the seller for that good or service in the usual course of business immediately prior to the onset of the state of emergency or local emergency”.

⁷ Código Penal do Estado da Califórnia. Seção 396 (a).

⁸ Dentre outros, vide: OCDE. Nota do Secretariado. “*Excessive Pricing*”. Paris, 2011; e ENNIS, Sean. “Price Abuses: An overview of EU and national case law”. *E-Competitions Bulletin*, n° 90101. Paris, 2019.

abertura de uma dezena de investigações ao redor do mundo para apuração da prática de *price gouging*, incluindo em países como Brasil, EUA, Itália, Rússia e Ucrânia.

2.2. Colaboração entre concorrentes

Diversas situações de colaboração entre concorrentes podem surgir em situações de crise econômica, sendo por vezes denominado de “cartéis de crise” a depender da sua formatação. Isso pode ocorrer para garantir o fornecimento de determinados bens ou serviços durante o período de crise, por exemplo determinados serviços hospitalares, produtos médicos e alimentos. Isso já ocorreu no passado, como se verifica com a experiência britânica ao lidar com o incêndio conhecido como *Buncefield fire*, em depósito de combustível ao norte da cidade de Londres. Na ocasião, o governo britânico flexibilizou as regras concorrenciais de modo a permitir que os fornecedores de combustível pudessem coordenar suas atividades durante a emergência e assim atender à demanda de combustível na região atingida.

No contexto da atual crise do Coronavírus, destacam-se duas medidas concretas na Europa nesse sentido. Na Noruega, o governo permitiu que duas companhias aéreas – SAS e Norwegian – pudessem coordenar seus calendários de voos de modo a oferecer um serviço mínimo de transporte aéreo para passageiros, sem que isso configurasse uma conduta anti-competitiva. A medida tem validade de três meses.⁹ No Reino Unido, o governo britânico anunciou um pacote de medidas que inclui a possibilidade de supermercados atuarem conjuntamente para facilitar a logística de distribuição de alimentos para a população, excluindo essa coordenação da categoria de ilícitos concorrenciais. A medida inclui o compartilhamento de dados para fins de estoque e entrega a domicílio aos consumidores.¹⁰

2.3. Aquisições de concorrentes em dificuldade financeira

No campo do controle de concentrações, vê-se a possibilidade de novos debates a respeito da aquisição de concorrentes em situação de dificuldade financeira, o que costuma ser explorado pela literatura especializada através da teoria da empresa insolvente (ou *failing*

⁹ Press release: “Transportation sector is granted temporary exception from the Competition Act”. Disponível em: <https://konkurransetsynet.no/transportation-sector-is-granted-temporary-exception-from-the-competition-act/?lang=en>.

¹⁰ Press release: “COVID-19: CMA approach to essential business cooperation”. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/news/covid-19-cma-approach-to-essential-business-cooperation>.

firm).¹¹ Nesses casos, argumenta-se pela aprovação de um ato de concentração sob alegação de uma iminente saída da empresa do mercado por dificuldades financeiras graves, a despeito da existência de problemas concorrenciais.

Isso ocorre geralmente em situações em que a empresa esteja em estado pré-falimentar, como um processo de recuperação judicial ou extrajudicial. Para que tal argumento em favor da operação seja aceito, requer-se em geral o atendimento a três requisitos cumulativos: (i) a empresa deve estar diante de um perigo iminente de falência, não bastando mera situação de dificuldade financeira; (ii) ausência de uma melhor solução em relação ao ambiente concorrencial, como possibilidade de reestruturação interna, ou inexistência de um comprador que pudesse resultar em uma menor concentração no mercado; e (iii) inevitabilidade de saída dos ativos da empresa em caso de reprovação do ato de concentração. O ônus de provar esses requisitos recai sobre as requerentes do ato de concentração. Desse modo e considerando as hipóteses rigorosas para sua aplicação, a teoria da empresa insolvente é pouco utilizada no Brasil e no mundo, sendo raros os casos de sua aplicação.

Nessas situações haverá igualmente um exercício de contrabalanceamento dos efeitos negativos que o ato de concentração gera sobre o mercado *vis-à-vis* outros efeitos, positivos ou negativos, inclusive contra-factuais. É por esse motivo que as eficiências e a teoria da *failing firm* são consideradas argumentos de defesa quando do diagnóstico de um problema concorrencial identificado na análise de um ato de concentração. Não havendo problemas concorrenciais, aprova-se sem restrições. Havendo problemas, examina-se os argumentos de defesa e, em falta de comprovação destes, passa-se à fase de verificar a existência de eventuais restrições capazes de eliminar, ou pelo menos mitigar de modo satisfatório, os efeitos negativos da operação sobre o mercado.

No campo procedimental, há discussões sobre a suspensão dos prazos processuais. Nesse ponto, os países que contam com um sistema de notificação digital, tal como ocorre no Brasil, estarão melhor posicionados para enfrentar a questão, ainda que haja a necessidade de conciliar com o respeito ao devido processo legal e à ampla defesa, princípios caros que se aplicam às empresas requerentes e aos terceiros interessados. Uma alternativa seria distinguir

¹¹ Nota do Secretariado da OCDE. Policy Roundtables on “Failing Firm Defence”. Paris, 1995. A respeito de sua aplicação no Brasil, vide: Fernando Antônio de Alencar Alves de Oliveira Júnior. *A Teoria da Failing Firm e Sua Aplicação no Brasil*. Recife: JusPodivm, 2016.

os casos simples dos casos complexos, de modo a permitir a aprovação daqueles submetidos ao sistema *fast-track*. Isso poderia ser relevante considerando que a maioria dos atos de concentração tratam de operações simples, sem maiores questionamentos na esfera concorrencial.

2.4. Advocacia da concorrência nas contratações públicas emergenciais

As situações de calamidade sanitária podem gerar a necessidade de contratações públicas emergenciais. Isso pode ocorrer para a compra de novos leitos hospitalares com ventiladores, máscaras de proteção facial, contratação de pessoal para serviços médicos e ambulatoriais adicionais, entre tantos outros exemplos.

Aqui surge uma função importante para as autoridades concorrenciais: seguir na sua missão fundamental de zelar pela defesa da concorrência. O respeito às regras do jogo, ainda que possam trazer flexibilizações pontuais e temporárias, deve ser a tônica nas contratações públicas emergenciais. Isso significa monitorar o uso e eventuais abuso dessas regras excepcionais de contratação pública.

A experiência comparada demonstra a importância deste trabalho durante momentos emergenciais, de modo a preservar a aquisição de produtos e serviços a preços competitivos e em qualidade adequada, como pode se depreender durante a crise financeira de 2009.¹² Trata-se de verba pública utilizada nesses processos de contratação, que deve ser aplicada de modo responsável e eficiente, sob pena de faltar em outras destinações igualmente importantes como educação, saúde e segurança pública.

3. Interface no campo consumerista

A situação de crise exige igualmente um estreito diálogo entre as políticas de concorrência e de proteção do consumidor. Ao redor do mundo, percebe-se que diversas autoridades da concorrência também possuem atribuições de proteção do consumidor. É o caso, por exemplo, da *Federal Trade Commission* dos EUA, da *Superintendencia de Industria y Comercio* na Colômbia, da *Australian Competition and Consumer Commission*. Em outras jurisdições, há autoridades governamentais com mandatos distintos, como ocorre no Brasil, na França e em Portugal.

¹² OCDE. *Policy Responses to the Economic Crisis: Investing in Innovation for Long-Term Growth*. Paris, 2009.

A principal recomendação nesse campo é coordenação entre as políticas públicas, considerando que ambas visam a tutela do bem-estar do consumidor.

Em exame mais específico dos desafios que se impõem diante da crise do COVID-19, destaca-se o setor aéreo, o que inclui aspectos relacionados ao cancelamento de serviços como passagens aéreas e reservas em hotéis.

Uma possível solução jurídica se encontra nas situações previstas legalmente como caso fortuito ou força maior, sendo o primeiro geralmente relacionado a eventos decorrentes de ato humano, enquanto o segundo de forças da natureza. A atual epidemia do Coronavírus parece se encaixar nesta situação, pois seus efeitos não eram possíveis de evitar ou impedir na acepção do art. 393 do Código Civil.¹³ No entanto, a aplicação desta figura jurídica exige a análise de casos concretos. Diversas obrigações, como o pagamento de um empréstimo contraído no ano passado, dificilmente estaria coberto por esta excludente de responsabilidade, por falta de nexo de causalidade com o evento inevitável da crise sanitária.

A Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) emitiu uma Nota Técnica¹⁴ sobre os direitos dos consumidores em momento de crise do Coronavírus, o que merece ser aplaudido pelo esforço em contribuir com orientações sobre o assunto. Dentre outros aspectos, destaca-se a ponderação que traz a respeito do local de partida e de chegada de voos, bem como datas de viagem e perfil de passageiro, para que a situação seja configurada como caso fortuito ou força maior. A ponderação visa evitar possíveis pedidos abusivos de cancelamentos por parte de consumidores ou companhias aéreas. Evidentemente, com a difusão cada vez maior da pandemia, a tendência será considerar uma quantidade cada vez maior de destinos como vulneráveis ao contágio. A esse respeito, destaca-se também a Medida Provisória nº 925/2020, que oferece isenção de penalidades contratuais aos consumidores que aceitarem utilizar seus créditos no prazo de 12 meses do voo contratado.¹⁵

Além disso, esclarece-se que as companhias aéreas também podem invocar a crise do Coronavírus como caso fortuito ou força maior para cancelamento de voos, como dispõe o art. 734 do Código Civil.¹⁶ Isso parece afastar as eventuais demandas de danos morais por parte de

¹³ Art. 393 do Código Civil: o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único: o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

¹⁴ Nota Técnica nº 2/2020/GAB-SENACON/SENACON/MJ, de 06.03.2020.

¹⁵ Medida Provisória nº 925, de 18.03.2020, que dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19.

¹⁶ Art. 734 do Código Civil: o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

consumidores frustrados pelo cancelamento de viagens, considerando que o prestador de serviço também não teve como evitar ou impedir a continuidade do contrato. Algumas medidas poderiam mitigar os danos causados a consumidores e ao setor aéreo, como a possibilidade de remarcação de viagens sem pagamento de taxas, o que evitaria o cancelamento da viagem e o reembolso da passagem quitada ou em pagamento.

Ressalta-se que o instituto jurídico da onerosidade excessiva se aplica apenas a contratos de execução continuada ou diferida¹⁷, como contratos de distribuição ou concessão, o que não é o caso nas relações consumeristas mencionadas. No entanto, o instituto poderia ser invocado em outras situações, consumeristas ou não, como nos contratos de concessão para gestão de aeroportos, celebrados entre o Estado e um consórcio de empresas, considerando a queda no número de passageiros em razão de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, como ocorre na atual crise sanitária.

Por fim, cita-se novamente a questão do aumento de preços, em especial de alguns produtos como máscaras de proteção e álcool gel. Como mencionado no exame dos aspectos concorrenciais, o assunto requer geralmente uma análise mais cuidadosa sob pena de inviabilizar o funcionamento da lógica de livres preços praticados no mercado. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) prevê como prática abusiva “elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços” (art. 39, inciso X), o que pode não ser verificado quando o aumento de preço releva do simples aumento da demanda por certo produto ou serviço. A legislação penal dos Estados da Flórida e da Califórnia nos EUA estabelecem a inversão do ônus da prova, de tal modo que caberá à empresa justificar eventual aumento de custos nos seus insumos ou mão-de-obra de modo a afastar a abusividade da sua conduta comercial. Na prática, o aumento de preço que deriva do chamado *panic buying* será um desafio a ser encarado por autoridades de proteção do consumidor e da concorrência, sem prejuízo de medidas regulatórias pontuais que possam servir para atenuar os aumentos abruptos de preços presentes nessas situações.

¹⁷ Art. 478 do Código Civil: nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

4. Orientações da OCDE

Os desafios apontados anteriormente foram abordados recentemente pela OCDE em uma *policy note* que traz orientações a governos e autoridades da concorrência em como lidar com essas questões concorrenciais no contexto da crise do COVID-19.¹⁸

A respeito da prática de *price gouging*, a OCDE recomenda que as autoridades da concorrência monitorem os aumentos rápidos em preços, de modo a investigar *quando* e *onde* ocorreu o aumento em uma dada cadeia produtiva. Em linha semelhante, sugere-se uma estreita coordenação entre as autoridades concorrenciais e órgãos de defesa do consumidor de modo a atingir resultados mais eficientes em termos de combate a abusos de preços. As autoridades especializadas em concorrência e consumidor podem usar instrumentos de advocacia da concorrência para sinalizar aos governos os riscos de medidas de controle de preço, considerando que afetam o funcionamento regular do mercado inclusive os incentivos de novos entrantes que podem endereçar situações de redução ou falta temporária de estoques.

Com relação a colaboração entre concorrentes, a OCDE recomenda que as autoridades da concorrência desenvolvam formas de orientar rapidamente ao setor privado como irão examinar as eficiências de arranjos entre concorrentes durante a crise do COVID-19. Isso pode ser feito através de orientações abstratas para todo mercado, orientações abstratas para setores econômicos específicos, ou através de canais *fast-track* capazes de analisar rapidamente situações concretas submetidas previamente à autoridade da concorrência para *clearance* prévio. As cooperações legítimas entre concorrentes devem ser necessárias e limitadas no tempo, não devendo estender para situações de fixação de preços ou divisão de mercado.

O controle de fusões em período de crise é outro tema abordado pela OCDE, que recomenda o exame cauteloso às alegações de *rescue mergers* ou *failing firm defenses*. Os benefícios de curto prazo devem ser cuidadosamente sopesados com os seus correspondentes custos a médio e longo prazos, sobretudo à luz da tutela dos consumidores.

Por fim, vê-se também uma preocupação da OCDE em sensibilizar os atores públicos a refletir sobre *exit plans* no desenho e na implementação de políticas públicas emergenciais em tempos de pandemia.

¹⁸ “OECD competition policy responses to COVID-19”, disponível em: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-competition-policy-responses-to-covid-19-5c47af5a/>

5. Considerações finais

As autoridades da concorrência serão instadas a atuar de modo firme contra eventuais infrações à ordem econômica durante o período de crise. Isso já pode ser percebido com investigações abertas por autoridades concorrenciais na China¹⁹ e na Itália²⁰ a respeito de possíveis cartéis no mercado de máscaras e álcool gel. Na Polônia, um processo foi aberto para apurar suposto encerramento injustificado de contrato de fornecimento a hospitais públicos, o que poderia constituir abuso de poder econômico.²¹ No Reino Unido, há esforços de monitoramento em mercados sensíveis.²² A tendência de abertura de investigações segue igualmente no Brasil e na América Latina. Isso porque o ambiente de crise favorece a proliferação de ilícitos concorrenciais variados, como arranjos pontuais entre concorrentes, práticas de restrições verticais e abusos de posição dominante. A necessidade de proteção dos consumidores também cresce, o que exige atuação estatal por diversos meios que incluem seus órgãos de defesa da concorrência e dos consumidores.

Em análise mais ampla, o tema dos subsídios estatais também deve voltar à tona e merece enfrentamento. Sabe-se que a União Europeia possui um sistema próprio de controle de subsídios estatais, enquanto os EUA e a maior parte de outros países (inclusive o Brasil) não o consideram como parte de seus mecanismos de defesa da concorrência. É provável a concessão de benefícios por parte do Estado a empresas em mercados sensíveis, como é o caso no setor de aviação. Isso poderá ocorrer através do adiamento de prazos para pagamento de tributos, concessão de empréstimos por bancos públicos em condições mais favoráveis, bem como a própria retomada por parte estatal do controle de algumas dessas empresas como já se discute na Itália e na França.

Por fim, adverte-se sobre a necessidade de planejamento prévio sobre as estratégias de saída (ou *exit strategies*) para eventuais medidas emergenciais desenhadas por governos durante a crise do Coronavírus. O subsídio estatal pode ser uma medida pontual para salvar empresas e tutelar a economia de modo mais amplo. No caso de políticas de estatização de empresas privadas, espera-se que venham acompanhadas de planos de saída, que apontem em

¹⁹ SAMR na China: http://www.xinhuanet.com/fortune/2020-02/25/c_1125623897.htm.

²⁰ AGMC na Itália: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2020/3/ICA-Coronavirus-the-Authority-intervenes-in-the-sale-of-sanitizing-products-and-masks>.

²¹ UOKiK na Polônia: Polônia: https://www.uokik.gov.pl/news.php?news_id=16277.

²² CMA no Reino Unido: www.gov.uk/government/news/cma-statement-on-sales-and-pricing-practices-during-coronavirus-outbreak.

direção a uma economia de mercado. Ao mesmo tempo, [as escolhas de políticas públicas feitas em detrimento da defesa da concorrência devem ser proporcionais aos fins a que se destinam, com cotejo entre os diferentes valores tutelados, que podem incluir aspectos relacionados à defesa do consumidor, proteção do trabalhador, comércio exterior, defesa ambiental, entre outros. Essa ponderação deve considerar igualmente os impactos a curto e a longo prazos, de modo a trazer maior clareza a eventuais atenuações ao princípio da livre-concorrência à luz de outros valores também importantes. As experiências vividas durante a crise financeira de 2009 podem oferecer subsídios interessantes para a atual crise do Coronavírus, quando uma série de condições foram exigidas por diferentes países para viabilizar os planos de saída e a retomada de crescimento econômico.²³

Referências

AGGARWAL, Vinod; EVENETT, Simon J. “The Financial Crisis, the ‘New’ Industrial Policy and the Bite of Multilateral Trade Rules”. *Asian Economic Policy Review*. Vol. 5, n. 2, 2010.

BUCHANAN, James. “Politics Without Romance: A Sketch of Positive Public Choice Theory and its Normative Implications”. In: *The Theory of Public Choice*, 1984.

CAPOBIANCO, Antonio; and CHRISTIANSEN, Hans. “Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options”. OECD Corporate Governance Working Papers n° 1. Paris: OECD, 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/5kg9xfjdhg6-en>.

CRANE, Daniel A. “Antitrust Enforcement During National Crises: An Unhappy History”. *Global Competition Policy*, 2008.

ENNIS, Sean. “Price Abuses: An overview of EU and national case law”. *E-Competitions Bulletin*, n° 90101. Paris, 2019.

GURRÍA, Angel. “Tackling the coronavirus (COVID-19): Contributing to a global effort”. Disponível em: www.oecd.org/coronavirus.

MACRON, Emmanuel. Pronunciamento oficial em 12.03.2020. Disponível em: www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/03/12/adresse-aux-francais

OCDE. Nota do Secretariado. *Policy Roundtables on “Crisis Cartels”*. Paris, 2011.

OCDE. Nota do Secretariado. *Excessive Pricing*. Paris, 2011.

²³ OCDE. *Policy Responses to the Economic Crisis: Investing in Innovation for Long-Term Growth*. Paris, 2009.

OCDE. Nota do Secretariado. *Competition and the Financial Crisis*. Paris, 2009.

OCDE. Nota do Secretariado. *Policy Roundtables on “Failing Firm Defence”*. Paris, 1995.

OCDE. *Policy Responses to the Economic Crisis: Investing in Innovation for Long-Term Growth*. Paris, 2009.

OLIVEIRA JÚNIOR, Fernando Antônio de Alencar Alves de. *A Teoria da Failing Firm e sua Aplicação no Brasil*. Recife: JusPodivm, 2016.

RESENDE, André Lara. Entrevista na Folha de São Paulo de 15.03.2020. Disponível em: www.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/03/liberalismo-primitivo-de-guedes-nao-leva-a-crescimento-diz-lara-resende.shtml

SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR – SENACON. Nota Técnica nº 2/2020/GAB-SENACON/SENACON/MJ, de 06.03.2020.

WORLDMETERS. “COVID-19 Coronavirus Outbreak”. Disponível em: www.worldometers.info/coronavirus

**O direito antitruste face a crises econômicas:
desafios enfrentados pela legislação antitruste no Brasil face a crise econômica gerada
pela COVID-19**

*Antitrust and economic crises: challenges faced by the brazilian competition law concerning
the economic crisis generated by the COVID-19*

Polyanna Vilanova¹
Julia Werberich²

RESUMO

Este artigo analisa os impactos de crises econômicas, sob uma ótica de direito comparado, ao *enforcement* antitruste durante e após o estabelecimento da crise, com o foco de determinar os impactos da crise econômica gerados pela pandemia da COVID-19 no Brasil. Analisar-se-á quais medidas estão sendo e poderão ser adotadas pelo CADE face a esse contexto atípico, em que se busca preservar o ambiente concorrencial e o desenvolvimento econômico do País – ou, ao menos, minimizar os impactos negativos no cenário econômico.

Palavras-chave: Direito econômico; Defesa da Concorrência; Crise Econômica; *Enforcement* antitruste; legislação antitruste.

Classificação JEL: A12; B17; B22; B27; D5; E2; E44; E5; G34; G38; H10; H11; H12; H53; H54; I15; I18; K21; K42; L11; L16; L51; P16.

ABSTRACT

This article analyzes the impacts of economic crises, from a comparative law perspective, to antitrust enforcement during and after the establishment of the crisis, with a focus on determining the impacts of the economic crisis generated by the pandemic of COVID-19 in Brazil. It will be analyzed what measures are being and may be adopted by CADE in view of this atypical context, in which it seeks to preserve the competitive environment and the economic development of the country – or, at least – to minimize the negative impacts on the economic scenario.

Keywords: Economic law; Defense of competition; economic crisis; antitrust enforcement; antitrust legislation.

¹ Polyanna Vilanova é sócia no escritório Figueiredo e Velloso Advogados. Ex-conselheira do CADE. Doutoranda em Ciência Política pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. E-mail: polyanna@figueiredoevelloso.com.br.

² Julia Werberich é advogada no escritório Figueiredo e Velloso Advogados. Aluna especial no Mestrado de Economia do IDP. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Email: juliawerberich@gmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O fenômeno das crises econômicas sob uma ótica de Direito Comparado. 3. O direito antitruste face a crises econômicas. 3.1. Controle de estruturas. 3.2. Controle de condutas. 4. A Crise gerada pelo COVID-19 e seus impactos no direito antitruste no Brasil. 4.1. Medidas que estão sendo adotadas no momento e consequências futuras. 5. Referências.

1. Introdução

As crises econômicas são um fenômeno decorrente do modelo capitalista adotado pela maciça maioria dos países no mundo atualmente, surgindo, portanto, com certa periodicidade. Em razão da globalização, as crises originadas em um país afetam os demais em maior ou menor proporção, e, por vezes, podem atingir outros estados soberanos em escala mundial em poucos dias.

É exatamente esse cenário que se verifica atualmente em razão da crise econômica causada pela pandemia do COVID-19. Nesse caso específico, a crise decorre dos impactos gerados nos mais diversos setores da economia pelo alastramento acelerado e mundial do denominado Coronavírus, mas, principalmente, ante as medidas adotadas pelos governos de isolamento total ou semi-total da população tomadas como forma de se evitar maior propagação do vírus.

Com o isolamento de indivíduos, foram suspensas as atividades presenciais de repartições públicas, empresas de grande e pequeno porte – cujos funcionários passaram a trabalhar por meio do sistema de *home office* –, ordenado o fechamento de comércios e shoppings, bem como o cancelamento ou adiamento de eventos de cunho profissional ou de lazer. Ainda, diversos países fecharam fronteiras e proibiram a circulação de pessoas por via aérea, terrestre e marítima.

Dentre os efeitos imediatos da drástica diminuição de circulação de pessoas e consumo de mercadorias, estão os prejuízos financeiros causados às empresas – afetando principalmente as de médio e pequeno porte, por não possuírem acúmulo de capital suficiente para se manterem no mercado, e de forma mais imediata e drástica, as empresas do setor de aviação –, diminuição dos preços dos barris de petróleo, demissões em massa, baixo fluxo de capital, baixo consumo de produtos, serviços e mercadorias, dentre outros.

Diante desse cenário, as entidades governamentais adotaram e vem adotando medidas para evitar o agravamento da recessão econômica instalada, cujo escopo principal – além das de contenção do pico de contágio do vírus e o colapso do setor de saúde – dizem respeito às políticas financeiras e fiscais.

O direito concorrencial e os órgãos de defesa econômica dos países são os principais atores no tocante à atuação repressiva de controle de condutas, de forma a evitar práticas anticompetitivas realizadas em decorrência da crise – tal como a abusividade de preços ou formação de cartéis –, quanto no tocante a uma atuação preventiva no controle de estruturas – tal como aprovar ou não um ato de concentração entre empresas que buscam, quiçá, evitar a falência.

Nesse contexto é que o presente artigo se propõe a trabalhar, em um primeiro momento, o fenômeno das crises econômicas e de quais formas elas impactam a atuação governamental, principalmente dos órgãos de defesa econômica antitruste. Em seguida, os impactos diretos de crises econômicas no direito antitruste, tanto no que se refere ao controle de estruturas quanto ao controle de condutas, realizando um paralelo com o direito comparado e as atuações de órgãos estrangeiros face a crises econômicas anteriores.

Por fim, será feita uma exposição da crise gerada pela COVID-19 e seus impactos no território brasileiro, as medidas que estão sendo adotadas pelo governo e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, e por último, serão sugeridas as consequências futuras dessas ações tomadas no âmbito do direito concorrencial.

2. O fenômeno das crises econômicas

Em linhas gerais, crise econômica é uma situação na qual um Estado enfrenta dificuldades relacionadas nos âmbitos financeiro e comercial, gerada pela diminuição maciça do nível de produção, comercialização e consumo de produtos e serviços, havendo, portanto, uma redução na oferta e demanda, e, conseqüentemente, impactos diretamente nos índices de crescimento dos países, como o Produto Interno Bruto – PIB.

Em consonância com o quanto exposto, Ioannis Kokkoris e Rodrigo Olivares-Caminal lecionam que as crises se estabelecem em cenários econômicos quando seus elementos

intrínsecos prejudicam a produção do Estado, o consumo de bens e serviços e a circulação de dinheiro³.

São diversos os fatores que podem levar ao seu surgimento, variando desde outras crises – financeiras, fiscais e cambiais – a desavenças políticas, desastres naturais e doenças ou problemas no sistema de saúde, causas essas que nem sempre são atreladas a origens de ordem capitalista.

Fato: a imensa maioria das crises econômicas são oriundas do sistema capitalista vigente no mundo, de forma que ocorreram e vão ocorrer com certa periodicidade, podendo se dar em nível local ou global.

Exatamente a esse respeito se pronunciou o economista Alan Greenspan, ex-Presidente do Federal Reserve Board dos Estados Unidos da América, acerca da crise que acometeu aquele país no ano de 2008:

O tumulto nos mercados financeiros mundiais que começou no verão de 2007 foi um acidente à espera de acontecer a qualquer momento. Na quinta-feira, 9 de agosto, o banco francês BNP Paribas suspendeu as negociações com três de seus fundos de investimento, no valor de 2 bilhões de euros, afirmando que não mais poderia avaliar os ativos dos fundos porque o mercado para eles havia evaporado. Em poucas horas, os mercados de crédito de curto prazo em todo o planeta estavam praticamente paralisados. Apesar dos esforços dos principais bancos centrais do mundo, que bombearam centenas de bilhões de dólares para dar liquidez ao sistema bancário, **a primeira crise financeira completa do século XXI estava a caminho.** [...] Vivemos os últimos anos, até agosto de 2007, sob o sortilégio de uma das **bolhas** mais eufóricas entre as **que parecem repetir-se com alguma regularidade nos mercados financeiros modernos** (GREENSPAN, 2008, p. 3-4; p. 11)⁴.

A questão não se trata de se terão novas crises econômicas, mas sim quando elas ocorrerão, a julgar principalmente pela história do capitalismo, permeada por inúmeras crises desde os primórdios da estruturação desse sistema econômico.

De acordo com estudo realizado por Kindleberger e Aliber⁵, cerca de 50 crises financeiras foram decorrentes do sistema capitalista desde o ano de 1618 até o ano de 1998, sem contar com a crise ocorrida nos Estados Unidos no final dos anos 90 e a crise do *subprime*

³An economic crisis arises when the four above-mentioned components of a crisis (intense difficulty and emergency, decision-making, turning point) disturb the state of affairs of a country in terms of (1) production and consumption of goods and services, and (2) the supply of money. KOKKORIS, Ioannis; OLIVARES-CAMINAL, Rodrigo. **Antitrust law amidst financial crises**. New York: Cambridge University Press, 2010.

⁴ GREENSPAN, Alan. **A era da turbulência: aventuras em um novo mundo**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

⁵ KINDLEBERGER, Charlie P.; ALIBER, Robert Z. **Manias, pânico e crises: Uma história das catástrofes econômicas mundiais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

em 2008. Isso significa dizer que, desde o início do sistema capitalista até o ano de 2008, as crises que acometeram o mundo ocorrem em média a cada sete anos e meio.

Não obstante a maior parte dessas crises terem ocorrido apenas em âmbito local, restritos a um país ou grupo de países, algumas delas tomaram proporções globais, afetando em maior ou menor grau todos os países do mundo e exigindo tomada de medidas de grande amplitude por parte dos governos.

Foi o caso, a título exemplificativo, da Grande Depressão de 1929 e a crise do *subprime* – inicialmente de cunho financeiro, mas que provocaram uma crise de cunho econômico – ambas originadas nos Estados Unidos.

Um dos pontos em comum entre essas duas crises é que elas foram antecedidas por momentos de enorme prosperidade econômica e financeira, com um notável crescimento e altas taxas de acúmulo de capital e investimentos vigorosos, refletindo em um otimismo que gerou uma bolha especulativa irreal, tanto no mercado da bolsa de valores em 1929 quanto no mercado imobiliário em 2008.

No caso da Grande Depressão de 1929, em decorrência de seu fortalecimento econômico pós Primeira Guerra Mundial, os Estados Unidos eram a grande potência mundial e passaram a exercer o papel de grande credor para diversos países Europeus. Os desejos de crescimento e enriquecimento rápido levaram os investidores a alocarem seus recursos no mercado de ações, impulsionando um *boom* acionário decorrente de especulações. Havia, na realidade, uma superprodução de bens não acompanhado pela demanda.

Assim, em outubro de 1929, quando a indústria automobilística cortou sua aquisição de matéria-prima, os investidores perceberam a fragilidade que enfrentava a economia calcada em índices especulativos, levando à retirada de suas ações do mercado e culminando com a quebra da bolsa de Nova York.

Tratava-se de uma crise meramente financeira, mas que se estendeu para o âmbito da economia real e gerou consequências tanto econômicas quanto sociais sem precedentes. É o que pontua Rezende:

Os efeitos da depressão para os norte-americanos foram particularmente severos. De 1929 a 1933, o PNB caiu de 104,4 para 56 bilhões de dólares, o que equivale a uma redução da ordem de 46%. A produção industrial caiu 50%, com a de equipamentos ficando 75% menor. Enquanto o investimento bruto passou de 16 para 1 bilhão de dólares, registraram-se 110 mil falências comerciais. A renda per capita caiu de 685 para 495 dólares e as rendas brutas do setor agrícola de 11,9 para 5,3 bilhões de

dólares. Os preços dos produtos agrícolas caíram 55%, o custo de vida 31% e os preços dos bens de produção 26%, o que configura uma grave crise deflacionária, que se agrava pela atitude tímida do governo Hoover em intervir para controlar a crise. [...]

O desemprego passou de 1,5 para 13 milhões de pessoas, jamais descendo a menos de 7 milhões até 1940, o que equivaleria a 25% da força de trabalho. Os salários caíram em 60%, e o total da renda da mão-de-obra de 53 para 31,5 bilhões de dólares entre 1929 e 1933. Uma onda de pobreza varreu os Estados Unidos (REZENDE, 2005, p. 209-210)⁶.

Além de se estender por vários anos, teve efeitos nos mais diversos setores da economia, prejudicando milhões de pessoas não só nos Estados Unidos, como também no restante do mundo, notadamente pela figura de principal credor de diversos países que os Estados Unidos ocupavam.

Por outro lado, a crise do *subprime* de 2008 se deu em decorrência de uma aplicação sem precedentes da ideologia do livre mercado, com pouquíssima intervenção do Estado na economia. Àquela época, o desenvolvimento do mercado financeiro nos Estados Unidos se encontrava em alta, culminando com a construção de uma enorme estrutura de incentivos por parte do Governo a agentes privados, notadamente no mercado imobiliário.

Esses incentivos – que incluíram baixíssimas taxas de juros e obtenção de empréstimos hipotecários, em especial com a securitização daqueles denominados *sub-primes* – geraram um grande aumento nos preços dos imóveis, sem que houvesse um respaldo fático para tanto. Algo parecido ocorreu na crise de 1929, em que a oferta de imóveis passou a superar a demanda, gerando uma estabilização dos preços.

Com efeito, os agentes hipotecários passaram a enfrentar dificuldades em se manter no mercado, por dependerem de financiamentos e crédito bancário. Diante da inadimplência dos devedores, as instituições financeiras começaram a falir, provocando um efeito cascata que culminou com a falência do Banco Lehman Brothers. Uma crise financeira impactou assim a economia real – o que gerou efeitos semelhantes ao da Grande Depressão de 1929, como desemprego em massa e enorme retração da atividade econômica.

Como se vê, ambas as crises foram ocasionadas por fatores financeiros que culminaram em uma crise de cunho econômico, notadamente pela criação de uma bolha especulativa que, contudo, não tinha respaldo nos fatos. No entanto, há crises que surgem em

⁶ REZENDE, Cyro. **História econômica geral**. São Paulo: Contexto, 2008.

decorrência de outros fatores, tais como desastres naturais e epidemias, e que impactam sobre as economias dos países pela diminuição – em maior ou menor proporção – da capacidade de produção, oferta e consumo de bens e serviços.

Hoje, nos encontramos diante de uma crise mundial desencadeada pela pandemia da doença COVID-19, que vem produzindo efeitos semelhantes aqueles verificados nas crises anteriores (desemprego, diminuição do poder de compra dos indivíduos, falência de empresas, inadimplência de dívidas, diminuição da circulação de bens), contudo, em um nível muito mais acelerado, ostensivo, geral e que engloba praticamente todos os setores da economia.

Seus efeitos têm demandado uma atitude ativa dos governos de cada Estado soberano e de órgãos mundiais, interferindo, por consequência, no direito antitruste. Esses cenários atípicos na economia propiciam potenciais condutas lesivas à concorrência que demandam uma maior atenção da autoridade antitruste, ou mesmo uma atuação ostensiva do órgão de defesa econômica ao analisar medidas excepcionais tomadas pelos *players*, bem como o contexto e o real propósito por trás de possíveis atos de concentração a serem notificados.

3. O direito antitruste face a crises econômicas

Como brevemente exposto, as crises econômicas impactam, inevitavelmente, no direito antitruste e órgãos de defesa econômica e da concorrência. A falência de empresas abre espaço para uma maior concentração nos mercados mais afetados pela crise, aumentando o poder econômico de uma ou um conjunto de empresas melhor estruturadas.

Além disso, deve-se avaliar possíveis condutas anticompetitivas decorrentes da abusividade de preços ou da subordinação de um bem à aquisição de outro ou utilização de um serviço.

Já em relação ao controle de estruturas, algumas operações podem ser extremamente prejudiciais ao ambiente concorrencial no futuro. Sob outra ótica, cabe também ao órgão antitruste identificar as medidas de caráter emergencial e excepcional praticadas pelas empresas, aprovando-as com vistas a diminuir os efeitos temporários da crise no mercado – desde que não tenham impactos futuros negativos ao ambiente concorrencial.

Fato é que o cenário que emerge de crises econômicas é completamente atípico, demandando, portanto, atitudes particulares por parte do governo ao agir como agente intervencionista na economia. No entanto, não obstante a necessidade de mitigação das normas

e atos que seriam tomados em situações de normalidade, é preciso a manutenção dos princípios que regem a legislação antitruste, bem como as características de desenvolvimento econômico e social de cada país.

Trata-se, portanto, de flexibilizar as normas nos casos excepcionais, sem ferir os princípios de ordem econômica, bem como manter o foco na garantia da autonomia, desenvolvimento das empresas e o princípio da livre concorrência.

3.1. Controle de estruturas

Pelas características inerentes às crises econômicas, em que a grande maioria das empresas enfrentam dificuldades em se manter no mercado, há uma tendência a se buscar um abrandamento do *enforcement* antitruste.

No tocante ao controle de estruturas, por exemplo, há casos em que o órgão de defesa da concorrência deverá analisar a aprovação de um ato de concentração que poderá gerar um desequilíbrio entre os *players* em um determinado mercado, mas necessário em razão das circunstâncias extraordinárias enfrentadas no momento.

Um dos grandes exemplos que se pode utilizar em relação à atuação governamental – ou a sua flexibilização – em países que passaram por períodos de graves crises econômicas é àquela procedida nos Estados Unidos da América.

No período que antecedeu a Grande Depressão de 1929, o governo norte-americano criou um programa denominado *War Industries Board* (WIB), por meio do qual controlava a alocação de recursos e matéria-prima, a produção de bens no território nacional e, por vezes, os preços dos bens e serviços. Não obstante não se tratar de um momento de crise, é evidente que os Estados Unidos passavam por um período atípico em sua história, que demandou uma atuação diferenciada do Estado.

A esse respeito, Miller III, Walton, Kovavic e Rabkin afirmam que os esforços empresariais cooperativos promovidos pelo governo àquela época poderiam configurar, em tempos normais, violações ao quanto previsto pelo *Sherman Act*:

Through the War Industries Board (WIB), the federal government exercised sweeping power over the nation's economy, controlling production priorities, resource allocation, and pricing. The WIB sanctioned and promotes cooperative business

efforts that during peacetime could have resulted in criminal violations to the Sherman Act (MILLER *et al*, 1984, p. 10-11)⁷.

Diante de um cenário em que atos governamentais foram de encontro aos preceitos da legislação, o direito concorrencial foi mitigado, visto a defesa, à época, da auto-regulamentação dos mercados, bem como a tolerância de práticas consideradas anticompetitivas de natureza colusiva.

Era o início da mitigação do antitruste naquele país, que se consolidou a partir do programa do New Deal instituído pelo governo – o qual objetivava a redução do desemprego e o aumento dos salários mediante acordos entre trabalhadores e empresários –, de forma que, para atingir esse objetivo, se permitiu a celebração de acordos limitando a concorrência para obtenção dos lucros.

Ademais, foi expressamente previsto na “Section 5” do referido programa que as leis antitruste não seriam aplicáveis a nenhum ato que fosse tomado em conformidade com os objetivos do programa:

Section 5. While this title is in effect and for for sixty days thereafter, any code, agreement, or license approved, prescribed, or issued and in effect under this title, and any action complying with the provisions thereof taken during such period, shall be exempt from the provisions of the antitrust laws of the United States. Nothing in this Act, and no regulation thereunder, shall prevent an individual from pursuing the vocation of manual labor and selling or trading the products or regulation thereunder, prevent anyone from marketing or trading the produce of his farm.

Nesse contexto, a maior parte dos códigos norte-americanos aprovados sob a égide do New Deal possuíam cláusulas com grande potencial anticompetitivo, as quais Hawley divide em cinco grandes grupos, quais sejam:

- (i) estabelecimento de preços mínimos para bens e serviços;
- (ii) criação de um sistema por meio do qual se buscou evitar a discriminação de preços, em que os empresários eram obrigados a compartilhar informações concorrencialmente sensíveis acerca dos preços;
- (iii) criação de mecanismos de regulação de termos de venda e práticas de comércio, com vistas a garantir o *enforcement* dos preços mínimos previstos nos códigos;
- (iv) criação de dispositivos de controle de preços por meio do controle de produção e oferta;

⁷ MILLER III, James C *et al*. Industrial policy: deindustrialization through competition or coordinated action? *Yale Journal on Regulation*, Yale, v. 2, n. 1, 1984.

(v) criação de cláusulas de autoridade, por meio das quais o governo delegava funções de supervisão e cumprimento de determinações de códigos a particulares (HAWLEY, 1996, p.126)⁸.

No que se refere aos atos de concentração e o controle de estruturas pelos órgãos antitruste, surgiu na década de 1930 nos Estados Unidos – também em decorrência do New Deal – uma tendência na qual, havendo cenários extremos de dificuldades econômicas, em que determinadas empresas possuam capacidade para dar continuidade às suas atividades, é possível que a autoridade antitruste permita altos níveis de concentração em mercados específicos, sob a justificativa de se afastar a falência de empresas – o que poderia, inclusive, prejudicar muito mais o sistema no futuro do que a concentração de poder mercado temporal.

Trata-se da teoria *Failing Firm Defense*⁹, que pondera que um ato de concentração não resultará em aumento de poder de mercado se, de acordo com Hovenkamp:

(i) a empresa falida não conseguiria cumprir com suas obrigações financeiras em um futuro próximo; (ii) a empresa não conseguiria se reorganizar com sucesso de acordo com as previsões do Capítulo 11 da Lei de Falências norte-americana; (iii) esforços de boa-fé tenham sido feitos sem sucesso para que outra alternativa, que não a concentração excessiva de mercado, salvasse a empresa; e (iv) sem a operação, a empresa sairia do mercado (HOVENKAMP, 2005, P. 551-552)¹⁰.

Em um cenário de crise, na qual a economia já se encontra fragilizada, a falência de empresas de pequeno ou médio porte, ou de uma única empresa de grande porte, geram enormes impactos não só aos agentes econômicos, como também à sociedade como um todo. É o que pontua Coelho:

A crise de uma empresa pode ser fatal, gerando prejuízos não só para os empreendedores e investidores que empregam capital no seu desenvolvimento, como para os credores e, em alguns casos, num encadear de sucessivas crises, também para outros agentes econômicos. A crise fatal de uma grande empresa significa o fim de postos de trabalho, desabastecimento de produtos ou serviços, diminuição na arrecadação de impostos e, dependendo das circunstâncias, paralisação de atividades satélites e problemas sérios para a economia local, regional ou, até mesmo, nacional (COELHO, 2005, p. 233)¹¹.

⁸ HAWLEY, Ellis W. **The new deal and the problem of monopoly**: a study in economic ambivalence. New York: Fordham Press, 1996.

⁹ Teoria prevista no guia de análise de atos de concentração horizontal elabora pelo FTC em conjunto com o DOJ norte-americanos.

¹⁰ HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**: the law of competition and its practice. 3 ed. Saint Paul: Thomson/West, 2005.

¹¹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. v. 3.

Uma das formas pelas quais as empresas buscam sua reestruturação e manutenção no mercado é a celebração de acordos com outros agentes, resultando em uma transação que, por sua vez, podem vir a gerar uma maior concentração de mercado pelo aumento do poder detido por um desses agentes – seja pelo poder de mercado unilateral e possibilidade de aumento de preços pela nova empresa, seja nos casos em que o acordo favoreça colusão entre empresas no mercado.

Conforme pontuou Areeda e Kaplow, existem variedades de efeitos concorrenciais que podem resultar de atos de concentração verticais, horizontais e conglomerados: “The effects considered here might be loosely grouped into three overlapping categories: (1) less-competitive market structure, (2) increased opportunity for anticompetitive behaviour, and (3) desirable and undesirable ‘efficiencies’” (AREEDA; KAPLOW, 1997, p. 785-786)¹².

Aplica-se com propriedade a análise feita por Calixto Salomão Filho, ao pontuar que em certas circunstâncias, a saída de uma empresa de um mercado geraria mais concentração do que sua aquisição por outra empresa, podendo prejudicar ainda mais a concorrência:

A saída da empresa do mercado, tanto quanto a concentração empresarial, leva ao aumento do poder de mercado dos agentes que já estão no mercado. Portanto, a aquisição de uma empresa em crise não importa substancial aumento do poder de mercado, uma vez comparada essa situação com o que se verificaria se a empresa fosse à falência e sua capacidade produtiva fosse desmontada ou dirigida a outra atividade. Assim, desde que haja realmente garantia da existência de crise irremediável, a concentração não implica real aumento do poder de mercado do adquirente (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 195-196)¹³.

Assim sendo, a partir dos casos concretos analisados na jurisdição norte-americana, formou-se o entendimento de que, respeitadas as condições previstas pela teoria, a aquisição de uma empresa à beira da falência não causaria prejuízos à livre concorrência, ainda que implicasse em uma elevação dos níveis de concentração em uma integração horizontal ou vertical.

Como se vê, essa teoria significou uma tentativa de flexibilização do controle de estruturas no direito antitruste norte-americano, acompanhando o caráter de abrandamento do *enforcement* antitruste perpetrado pelo New Deal.

¹² AREEDA, Philip; KAPLOW, Louis. **Antitrust analysis: problems, text, cases**. 5. ed. Aspen: Law & Business, 1997.

¹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Já em 1992, o FTC inseriu no Horizontal Merger Guidelines o racional da *Failing Firm Defense*. A esse respeito, interessante notar que, após a crise do sub-prime em 2008, referida teoria passou a ser analisada por outros países e agências no mundo, de forma a identificar se seria possível agilizar a recuperação econômica por meio da flexibilização da aprovação de atos de concentração.

Posteriormente, em 2010, o FTC procedeu à última revisão da teoria no Guia de concentração horizontal (U.S. DEPARTMENT, 2020)¹⁴ e, atualmente, é possível verificar a sua aplicação em diversos países, tendo sido inclusive incorporada às normas antitruste de alguns deles.

A esse respeito, no tocante ao contexto em que surgiu a teoria do *Failing Firm Defense*, o autor norte-americano Daniel Crane pontuou que o direito antitruste seria algo irrelevante em períodos de crise nos Estados Unidos, cuja tendência sempre foi de mitigar a legislação concorrencial em momentos de dificuldade econômica:

Indeed, antitrust seems to be a luxury that the country cannot afford in any crisis.

Or at least this is the lesson one would draw from observing our national behaviour during moments of economic crisis or war. Throughout our national history, wars and financial panics have been opportunities for consolidation of industrial power (CRANE, 2008, p. 3)¹⁵.

De fato, considerando a situação atípica enfrentada por um país em tempos de crise, é possível se considerar a mitigação das normas, de forma a honrar os princípios antitruste de proteção à ordem econômica e à livre concorrência.

Mas não é só. Há um outro lado que deve ser analisado com cautela: acordos entre empresas que no momento de crise não geram aparente aumento de poder de mercado – pela desestruturação do sistema econômico –, mas que após podem gerar efeitos deletérios à concorrência.

¹⁴ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION. **Draft Vertical Merger Guidelines**. Washington: FTC, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/37bIL8l>. Acesso em: 2 jun. 2020. A última revisão da teoria estabeleceu apenas três condições para sua aplicação, quais sejam: (1) a empresa alegadamente insolvente seria incapaz de cumprir com suas obrigações financeiras em um futuro próximo; (2) não ser capaz de se reorganizar com sucesso nos termos do Capítulo 11 da Bankruptcy Act; (3) tem feito esforços sem sucesso para conseguir ofertas alternativas razoáveis que manteriam seus ativos tangíveis e intangíveis no relevante mercado e causariam menos impacto a competição.

¹⁵ CRANE, Daniel. Antitrust Enforcement During National Crises: An Unhappy History. **Competition Policy International**, v. 12. 2008.

Um dos principais obstáculos a serem enfrentados nesses casos são referentes às empresas que se utilizam desse momento de fragilidade econômica para mascarar potenciais efeitos anticompetitivos que o acordo celebrado traria ao mercado. Somado a isso, é evidente que crises econômicas podem durar de meses a anos, de forma que as dificuldades na obtenção de informações precisas podem levar a conclusões equivocadas.

No âmbito da atual crise gerada pela doença COVID-19, a Comissão Europeia emitiu nota (EUROPEAN, 2020)¹⁶ encorajando as empresas a segurarem para um momento posterior a notificação de atos de concentração, justamente diante das dificuldades que serão encontradas na obtenção de informações de terceiros interessados, consumidores, competidores e fornecedores.

Nesse mesmo contexto, FTC e DOJ nos Estados Unidos pleitearam junto ao Congresso norte-americano uma modificação na legislação antitruste com vistas a permitir a extensão do período inicialmente previsto – de 30 dias – para a análise dos pedidos de notificação de ato de concentração (ALERT, 2020)¹⁷ durante a crise atual. O pleito em questão foi analisado, de forma a se estabelecer a extensão do período de análise para 30 dias além dos 30 previstos inicialmente.

As preocupações das agências de defesa da concorrência nos Estados Unidos e na União Europeia demonstram que a fragilidade do momento pode gerar uma análise equivocada que, *a posteriori*, surtirá efeitos deletérios ao ambiente concorrencial.

É certo, portanto, que se de um lado se tem a possibilidade de mitigar os efeitos das normas antitruste com vistas a evitar que os efeitos da crise sobre as empresas sejam piores do que a concentração gerada por um acordo celebrado entre elas, de outro é preciso que as agências antitruste avaliem a necessidade de reforçar o *enforcement* e evitar que se aprovelem operações com potencial lesivo à concorrência.

3.2. Controle de condutas

¹⁶ EUROPEAN Commission Delays Merger Notifications Until Further Notice, Develops Emergency State Aid Response to COVID-19 Outbreak. **JDSUPRA**. Sausalito, California, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2AphSQO>. Acesso em: 2 jun. 2020.

¹⁷ ALERT: Will COVID-19 Impact Antitrust Review of M&A Deals and How Can Parties Minimize Disruption? **JDSUPRA**. Sausalito, California, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/36NOuQi>. Acesso em: 2 jun. 2020.

No tocante ao controle de condutas, existem duas principais questões que demandam uma maior atenção das autoridades antitruste, sendo a primeira relativa à formação de cartéis, e a segunda no tocante ao estabelecimento de preços abusivos em prejuízo à concorrência.

Não obstante as práticas de cartel serem uma das principais preocupações concorrenciais dos órgãos antitruste – pelos efeitos extremamente deletérios que possuem ao livre mercado –, em momentos atípicos os quais o mercado se encontra desordenado, é possível que haja a permissão da formação de alguns acordos na medida em que podem trazer efeitos benéficos à economia em situações excepcionais.

Com efeito, a formação de acordos entre concorrentes, por exemplo, pode evitar que maiores prejuízos se instalem em determinados mercados, visto que (a) reorganizam o nível de produção, reduzindo o excesso de capacidade e, assim, da oferta de bens e serviços, de forma a melhor se ajustar à demanda; (b) estabilizam os preços em períodos de deflação; (c) evitam o fechamento de empresas; e (d) estimulam atividades de pesquisa e desenvolvimento.

Em um período em que a economia enfrenta dificuldades por si só, acirrar a competição entre *players* em um mercado oligopolista pode gerar resultados ineficientes, como uma batalha de preços, excesso de produção de bens que não acompanhará a demanda e, por conseguinte, o fechamento de diversas empresas.

Exatamente sobre a ineficiência do mercado em momentos de crise e possíveis soluções mediante acordos é o posicionamento de Ioannis Kokkoris e Rodrigo Olivares-Caminal:

Cartel justifications that have been proposed include that a cartel will prevent cut-throat competition. In industries where fierce competition would otherwise yield below-cost pricing, the cartel guarantees a reasonable price. In addition, it has been argued that a cartel sustains needed capacity and prevents excess capacity. Furthermore, a cartel reduces uncertainty as regards the average price for a product. It also assists in financing desirable activities, such as R&D [Research and Development], and in providing countervailing power since, if there is a single buyer (monopsonist/oligopsonist) or supplier (monopolist/oligopolist), there is unequal bargaining power that a cartel can address. In periods of crisis in economies, without industry-wide agreements on capacity reduction that can be achieved through a crisis cartel, smaller firms may exist the market, leaving a limited number of choices for customers as well as inducing unemployment. In such conditions, firms may operate at inefficient output levels and may even incur losses (KOKKORIS; OLIVARES-CAMINAL, 2010, p. 261-262)¹⁸.

¹⁸ KOKKORIS, Ioannis; OLIVARES-CAMINAL, Rodrigo. **Antitrust law amidst financial crises**. New York: Cambridge University Press, 2010.

Esse tipo de prática com vistas a fomentar a economia e acelerar a recuperação é denominada de “cartéis de crise”, não havendo punição aos agentes participantes justamente por se tratar de uma deliberação da agência antitruste responsável.

Por outro lado, e, consoante exposto no tópico anterior, observa-se que o *New Deal* norte-americano alterou a estrutura de incentivos do governo às empresas, diminuindo os custos de formação de cartel. Isso porque excluiu a probabilidade de investigação e punição dos agentes que agissem em conformidade com as novas regras - ainda que fossem contrárias às normas e princípios antitruste, inclusive os decorrentes do Sherman Act e do Clayton Act.

Ademais, reduziu-se substancialmente os custos de monitoração de cartéis mediante a mecanismos de *enforcement* estatal utilizados contra as pessoas que agissem em desfavor do New Deal, e a previsão de cláusulas que garantissem mecanismos de trocas de informações concorrencialmente sensíveis.

Nesse caso, a formação dos cartéis não se deu mediante deliberação do governo para tanto, mas sim porque as políticas implementadas em decorrência do programa de recuperação econômica do país, o New Deal, favoreceram acordos colusivos entre empresas.

A inércia do governo americano em permitir essa prática nos anos 1930 foi duramente criticada, o que pode ser bem representado pela fala de Varney ao ocupar o cargo de U.S. *Assistant Attorney General* do DOJ:

The lessons learned from this historical example are twofold. First, there is no adequate substitute for a competitive market, particularly during times of economic distress. Second, vigorous antitrust enforcement must play a significant role in the Government's response to economic crises to ensure that markets remain competitive (VARNEY, 2009)¹⁹.

Já na crise do *sub-prime* no ano de 2008, o governo norte-americano agiu de forma diversa ao manter o *enforcement* antitruste e a punição aos cartéis.

Essa tendência foi acompanhada pelos países integrantes da União Europeia, em que a Comissão Europeia em conjunto com a OCDE deixaram claro que situações de crise não justificam sempre a realização de acordos de reestruturação, vez que os problemas que seriam

¹⁹ VARNEY, Christine A. Vigorous antitrust enforcement in this challenging era. **The United States Department of Justice**. Washington, 12 maio 2009. Disponível em: <https://bit.ly/36OaZVn>. Acesso em: 2 jun. 2020.

ajustados pelos cartéis são inerentes à estrutura concorrencial e podem ser naturalmente resolvidos pelas forças de mercado. É o que se verifica do seguinte trecho:

So-called ‘crisis cartels’ which aim to reduce industry overcapacity cannot be justified by economic downturns and recession-induced falls in demand. As noted above, a general rule in a well-functioning free market economy is that market forces alone should remove unnecessary capacity from a market.

[...]

Competition in periods of crises may force the least efficient undertakings to exit a market. This is part and parcel of the competitive process. Indeed, the General Court has accepted that “it is impossible to distinguish between normal competition and ruinous competition. Potentially, any competition is ruinous for the least efficient undertakings (OECD, 2011, p. 116-117)²⁰.

Contudo, em determinadas situações – a serem avaliadas pelo caso concreto – a OCDE esclareceu ser possível implementar a estratégia dos “cartéis de crise”, especialmente ao se verificar que o mercado por si só não será capaz de se reestabelecer sem gerar prejuízos com caráter de permanência à concorrência. Veja:

there may be situations where problems of overcapacity are not likely to be remedied by market forces alone within a reasonable period of time which would imply that the overcapacity is of a structural nature (as oppose to the result of a cyclical downturn)²¹.

Nessa esteira, algo que deve ser particularmente bem avaliado pelas autoridades antitruste é a percepção equivocada entre os empresários sobre acordos colusivos. Ou seja, a possibilidade de legitimação do instrumento para evitar efeitos prejudiciais à concorrência, tal como uma deflação oriunda de crises, e gerar um aumento no número de cartéis ao longo do tempo – o que prejudicaria sobremaneira a atuação antitruste.

Esse efeito – negativo – ocorreu na Alemanha na década de 1910, em que a Suprema Corte daquele país decidiu que um caso de cartel ocorrido durante uma crise justificada não seria violação às cláusulas gerais da regulação antitruste do país. Abriu-se precedente para uma série de outros julgamentos no mesmo sentido, culminando nos anos subsequentes na proliferação de cartéis.

A partir de então, o governo Alemão percebeu uma oportunidade de controlar os mercados por meio dos cartéis, partindo inclusive para uma formação compulsória de cartéis.

²⁰ OECD. **Crisis Cartels**: Contribution from the European Union. Paris: OECD, 2011, p. 116-117. Disponível em: <https://bit.ly/2UnCQGJ>. Acesso em 02 de junho de 2020.

²¹ Ibid.

Esse movimento durou até os anos 1950, em que se iniciou um processo de descartelização para tornar os cartéis ilícitos *per se*, bem como abertura à livre concorrência quase que inexistente até então naquele país.

Atualmente, o estabelecimento de cartéis é proibido pela legislação antitruste alemã, sendo flexibilizada em situações específicas previstas pelo art. 101 (3) do *7th Amendment of the Act Against Restraints of Competition*.

O que se verifica é que, não obstante existam situações específicas em que a liberação dos denominados “cartéis de crise” possa ser benéfica ao mercado e à concorrência, a prática de formação de cartéis é quase que em sua totalidade prejudicial à economia.

O maior exemplo dessa prejudicialidade foram os cartéis existentes nos Estados Unidos na década de 1930 em razão do *New Deal*, provocando efeitos contrários daqueles almejados pelo governo mediante a redução da oferta de produtos e dos investimentos feitos pelos agentes econômicos, elevação artificial de preços e aumento do desemprego.

A aplicação dos “cartéis de crise” exige cautela, principalmente se considerarmos que o mercado competitivo é a melhor forma de se garantir uma estabilização da capacidade produtiva, inovação e estabilização de preços.

Por outro lado, mas ainda na toada do controle de condutas, evidente que as autoridades concorrenciais devem estar atentas às práticas de abusividade de preços, corriqueiras em tempos de crises, notadamente diante do aumento excessivo da demanda por algum produto ou serviço.

Como é cediço, um aumento excessivo de preços, por si só não é considerado *per se* prática lesiva às normas antitruste, somente ocorrendo quando houver potencialidade de efeitos anticompetitivos.

A elevação de preços de determinados produtos ou serviços em tempos de crise decorre do aumento da demanda e diminuição da oferta, algo natural no cenário econômico. No entanto, seu aumento imoderado gera prejuízos aos consumidores e, nesses casos, uma demanda puramente consumerista, a ser resolvida pelos órgãos de defesa do consumidor.

A partir do momento em que essa elevação excessiva dos preços interfere no mercado concorrencial, em que são praticados com o intuito de excluir algum competidor – *exclusionary abuse* – ou decorrem de um abuso de poder de mercado por parte de alguma empresa – *exploitative prices* –, a intervenção da autoridade antitruste se faz necessária.

A atuação da autoridade antitruste nesses casos é de suma importância, de forma a se afastar qualquer conduta anticompetitiva mascarada de uma consequência natural decorrente de crises econômicas ou de autonomia da própria empresa na fixação de preços.

Não obstante deva haver a flexibilização de certos atos por parte dos órgãos de defesa da concorrência em casos como os explicitados alhures, uma atitude demasiada branda em relação ao mercado em tempos de crises econômicas afasta a competitividade natural.

4. A Crise gerada pela COVID-19 e seus impactos no direito antitruste no Brasil

No sistema capitalista de mercado, as crises econômicas são um fenômeno periódico. Contudo, atualmente, o mundo se encontra acometido pelo que se identifica como a maior crise econômica já enfrentada. Até o momento, houve queda de 9% ao ano na produção global, bem como perdas de US\$ 8,5 trilhões em dois anos para a economia mundial, algo que não ocorria desde a grande depressão de 1929.

A economia da China registou no primeiro trimestre de 2020 uma contração de 6,8% e, no Reino Unido, a projeção de queda é de 14% do PIB, algo que não ocorria desde 1706, e nos Estados Unidos, a previsão do PIB para o segundo trimestre é de uma contração de 39%, a maior desde 1947, época em que os dados começaram a ser calculados. Isso somado ao desemprego em massa, empurrando cerca de 60 milhões de pessoas para a extrema pobreza, queda de 27% das relações comerciais, bem como a queda dos preços de *commodities* em 20,4%. No Brasil, o FMI estimou uma queda no PIB de 5,3%, enquanto a previsão do governo é de 4,7%, representando a maior retração econômica desde 1901.

Como a maior parte das crises já ocorridas na história da humanidade, essa não se iniciou sob a problemática econômica propriamente dita, mas sim diante de uma crise de saúde decorrente do vírus SARS-CoV-2, o Coronavírus, causador da doença COVID-19.

O surgimento na China no final do ano de 2019 de uma doença respiratória semelhante a gripes comuns não faria crer que essa se tornaria a maior pandemia já enfrentada pelo mundo contemporâneo, com efeitos negativos na economia de potencial catastrófico.

Com a expansão do vírus para outros países além da China em um curto período de tempo, somado ao rápido contágio da população, os sistemas de saúde nos países mais atingidos revelaram um inchaço sem precedentes, muitos deles vindo a entrar em colapso pela ausência

de leitos normais e de UTI's disponíveis para o tratamento simultâneo de tantas pessoas infectadas.

Com efeito, governantes de diversos países, sob a orientação de profissionais de saúde e da própria OMS, identificaram o isolamento dos cidadãos como uma das únicas formas de se conter o avanço da doença – é o denominado *lockdown* horizontal. A partir de então decretaram a paralização de praticamente todos os serviços – públicos e privados –, a suspensão ou cancelamento de shows e eventos, decretação de teletrabalho, *home office*, fechamento de fronteiras para estrangeiros, além da proibição de circulação de pessoas em locais públicos.

No Brasil não foi diferente. O primeiro caso foi registrado em 26 de fevereiro de 2020 e, desde então, o número de infectados já ultrapassa a casa das centenas de milhares, com milhares de mortos.

Após a declaração da OMS em 11 de março do *status* de pandemia da COVID-19, o Governo Federal anunciou medidas imprescindíveis para sua contenção, notadamente ao sancionar a denominada Lei da Quarentena – Lei nº 13.979/2020 –, especificamente com vistas a tratar de “*medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019*” (BRASIL, [2020]).

O referido diploma legal prevê mecanismos de contenção da doença pelo período em que durar a situação de emergência mundial, destacando-se o isolamento de pessoas infectadas, a quarentena da população (BRASIL, 2020)²², bem como a realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais e coleta de amostras clínicas.

Dentre as medidas de contenção da doença, o §8º do art. 3º da Lei em questão resguarda o exercício e o funcionamento apenas de serviços públicos e atividades essenciais, de forma que todos os demais serviços foram paralisados, e sem previsão de retorno. Essas medidas passaram a ser aplicadas em todos os estados da federação, reduzindo drasticamente o volume de circulação de pessoas, bens e serviços em todo o território nacional.

²² BRASIL. **Lei nº13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3f7Ply3>. Acesso em: 2 jun. 2020. Art. 2º, II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus. BRASIL. Presidência da República. **Legislação COVID-19**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://bit.ly/3dpqk0Z>. Acesso em: 2 jun. 2020.

Em atenção aos efeitos deletérios ao ambiente econômico, o legislador promulgou posteriormente outros diplomas legais com vistas a diminuir os impactos da crise a empresários e produtores, dentre os quais se destacam a Lei nº 13.999, que instituiu o programa nacional de apoio às microempresas e empresas de pequeno porte; a Lei nº 13.998, que promove mudanças no auxílio emergencial; dentre diversas outras de cunho financeiro e econômico (BRASIL, [2020])²³.

Não obstante as medidas de apoio financeiro e econômico que vêm sendo tomadas pelo governo, o cenário ainda é de incertezas. Com efeito, a instabilidade econômica toma conta de índices financeiros e das ações na Bolsa de Valores, levando à queda do valor de mercado da maioria das empresas e, a partir de então, uma série de fatores que desestabilizaram o cenário econômico.

Nesse cenário, um dos principais setores afetados no Brasil foi o de aviação, cuja demanda por voos comerciais domésticos caiu 75% em março, e a demanda de voos internacionais 95%, acompanhado pelas reservas em locais de hospedagem, que recuou 90%. Como consequência, o setor de turismo sofreu os efeitos da proibição de circulação de pessoas e fechamento de fronteiras, sendo acompanhado em efeito dominó por todos os demais setores, como os comércios, shoppings, serviços de transportes terrestres e marítimos, lazer, shows e eventos destinados a uma grande quantidade de pessoas.

Com efeito, o PIB nacional contou com uma queda de 4,7% em 2020, com a projeção de queda de 5,12% conforme previsões do Banco Central²⁴, levando o Governo Federal em conjunto com o Banco Central a adotarem uma série de medidas de caráter financeiro e fiscal

²³ Todos os diplomas legais sancionados em decorrência da pandemia da COVID-19 podem ser encontrados em BRASIL. Presidência da República. **Legislação COVID-19**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://bit.ly/3dpqk0Z>. Acesso em: 2 jun. 2020.

²⁴ Dados atualizados em 19 de maio de 2020.

(GODOY *et al.*, 2020)²⁵ – dentre elas o corte da taxa de juros (Selic) para 3%²⁶ ao ano, o menor nível da história – com vistas a diminuir os impactos da crise econômica.

No Brasil, o CADE, atento às questões de ordem concorrencial, já se mostra atuante na tomada de medidas cabíveis em relação à problemática decorrente da crise, tanto preventivas quando repressivas, notadamente de forma a proteger o cenário econômico no que lhe for competente para atuar, bem como evitar que *players* se utilizem dessa situação de fragilidade e instabilidade para se beneficiar ilicitamente.

4.1. Medidas atuais e consequências futuras

No Brasil, além de uma série de pacotes de medidas de cunho econômico e financeiro, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE tem se mostrado bastante proativo em relação aos acontecimentos, tanto no tocante ao controle de estruturas quanto de condutas.

Atitudes a serem tomadas pela autoridade antitruste coadunam com o quanto exposto alhures, no que se refere à necessidade de o órgão de defesa da concorrência avaliar em momentos de crise aqueles acordos entre empresas que possam gerar uma concentração de mercado muito grande e prejudicar a atuação dos demais *players*, ou mesmo o consumidor.

Por outro lado, compete também a análise de acordos entre empresas que visem fomentar as atividades econômicas ou diminuir os danos causados em decorrência da crise, de forma que medidas de caráter excepcional – que não deveriam nem poderiam ser aprovadas em situações comuns – acordadas entre empresas possam ser aprovadas em cenários atípicos.

No contexto brasileiro, um dos principais – se não o principal – mercado afetado pela crise foi o de comércio de passageiros no setor de aviação. Cerca de 90% da frota aérea nacional foi imobilizada e a demanda por viagens quase se esgotou. Somente no mês de março, estima-

²⁵ Diante da assombrosa mudança de perspectiva — não só a esperada aceleração da atividade não ocorreria como uma recessão se avizinhava —, os bancos privados do país resolveram se mexer, adiando o pagamento de parcelas de empréstimo e ampliando limites de crédito. As empresas de outros segmentos criaram serviços digitais, considerando a nova realidade da vida à distância, estabeleceram fundos para garantir renda a prestadores de serviço autônomos doentes, e passaram a doar álcool em gel e testes de covid-19 para o sistema público de saúde. O governo anunciou um pacote de socorro às empresas aéreas, novos empréstimos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) no montante de 35 bilhões de reais e uma controversa autorização para que os empregadores suspendam por quatro meses os salários dos funcionários, mantendo o contrato de trabalho. Juntou-se, assim, aos países ricos, que já tinham anunciado uma injeção total de 1,7 trilhão de dólares para impedir a derrocada da economia. GODOY, Denyse *et al.* Quem vai salvar a economia do coronavírus? **Exame**. São Paulo, 26 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2TXLbks>. Acesso em: 2 jun. 2020.

²⁶ Dados atualizados em 19 de maio de 2020.

se que as companhias aéreas perderam aproximadamente US\$ 28 bilhões em receitas, sendo que, no início do mês de abril, a IATA indicou que as perdas no setor poderiam alcançar US\$ 300 bilhões.

Diante desse cenário, uma das primeiras medidas adotadas pelo CADE foi a atuação em conjunto com a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, ao propiciar a adoção de uma medida de caráter excepcionalíssimo em relação às companhias de aviação, de forma a evitar o colapso do sistema de aviação civil, extremamente impactado pela crise.

Com vistas a minimizar os impactos econômicos da crise nesse setor, as companhias aéreas de transporte comercial de passageiros – GOL, LATAM, AZUL e PASSAREDO –, apresentaram junto ao CADE e ANAC um pedido de “Protocolo Temporário para Transporte Aéreo Essencial Nacional” (BRASIL, 2020b)²⁷.

Mediante esse Protocolo, as companhias poderão adotar medidas “*pontuais, excepcionais e sob a rigorosa supervisão dos órgãos de governo, com o intuito de buscar o melhor atendimento dos passageiros e a utilização mais eficiente da infraestrutura aeroportuária*”.

Ainda, o documento prevê a “*alocação recíproca de passageiros em voos domésticos e delimita condições para troca de determinadas informações entre as empresas - sempre com a supervisão da ANAC e do CADE - sobre cancelamentos de operações em alguns aeroportos, em virtude de drástica redução de demanda*”.

Segundo a ANAC, há um esforço por parte do Governo Federal em conjunto com os governos estaduais de manter os aeroportos abertos ao tráfego aéreo, tanto com vistas a evitar o desabastecimento do setor de saúde e da distribuição de vacinas, insumos e equipamentos hospitalares, bem como para o próprio setor de aviação civil, mantendo uma rede doméstica capaz de garantir serviço aéreo mínimo no País (BRASIL, 2020a)²⁸. Com efeito, em 28 de março de 2020, foi aprovada a malha aérea essencial, 91,61% menor do que a prevista originalmente para o mesmo período.

²⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. **Protocolo Temporário para Transporte Aéreo Essencial Nacional**. São Paulo: MPF, 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/2YsQppV>. Acesso em: 2 jun. 2020.

²⁸ BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. CORONAVÍRUS - Alinhamento entre Governo Federal e empresas de aviação garante ligação aérea em todos os estados. Brasília: ANAC, 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/3gEf2li>. Acesso em: 02 de junho de 2020.

Essa medida é um exemplo típico de uma análise de acordo horizontal excepcional entre empresas, decorrente da diminuição drástica da demanda por esse serviço, e que poderia avariar preocupações concorrenciais – todas sopesadas e desenhadas no próprio Protocolo.

Evidente que se trata de uma providência que não teria justificativa para ser adotada em tempos de normalidade, mas que na situação de crise enfrentada pelo País – e pelo mundo –, e tomada a devida cautela na sua implementação, assim como na sua execução, diminuirá os impactos econômicos negativos nesse setor e, conseqüentemente, blindará as próprias companhias de aviação e os consumidores.

Em um contexto em que muitas empresas se encontram com as portas fechadas pela incapacidade de se manter no mercado, e outras à beira da falência, há de se analisar a possibilidade de aplicação no território nacional da teoria da *Failing Firm Defense*. Isso porque, apesar de não contar com previsão expressa na atual lei antitruste brasileira – Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011)²⁹ –, este diploma normativo possui disposições bastante amplas que permitiria o ajuste da teoria ao cenário normativo concorrencial no Brasil.

Considerando o quanto previsto pelo art. 54, I da Lei em questão, o CADE poderá aprovar atos de concentração que, dentre outros requisitos, não impliquem na eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante afetado, e cuja operação tenha por objetivo aumentar a produtividade, melhorar a qualidade dos bens e serviços e propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

Em decorrência da amplitude de interpretação que a lei permite, caso se verifique a situação de uma empresa cujos recursos estejam tão escassos que sua permanência no mercado passe a estar comprometida e enfrente uma situação iminente de falência - como o caso que se verifica atualmente no Brasil –, é possível que o CADE analise o caso concreto em que essa empresa seja adquirida por outra de maior porte de forma a evitar sua falência e mantê-la em funcionamento no mercado, gerando empregos e movimentando – ainda que em grau diminuído - a economia.

²⁹ BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 2 jun. 2020.

Exatamente a esse respeito, cumpre destacar que a teoria em questão já foi expressamente discutida pelo CADE na análise de alguns atos de concentração³⁰, sendo que se firmou o entendimento pela sua eventual aplicabilidade, tanto em razão das eficiências geradas caso a caso, bem como pela ausência de efeitos anticompetitivos.

Outro panorama que deve ser considerado nesse cenário da crise gerada pela COVID-19 é relativo ao controle de condutas pelo CADE, notadamente no que se refere à abusividade de preços.

Pela característica da doença, alguns produtos que ajudam em sua prevenção passaram a ser demandados de forma exorbitante, notadamente as máscaras de proteção facial, luvas e álcool em gel. O efeito verificado foi o aumento de preços desses produtos em porcentagens exorbitantes, de forma que o preço do álcool em gel chegou a um aumento de até 161% (ANDRETTA, 2020)³¹ e das máscaras cirúrgicas em 569%.

Como pontuado nos tópicos anteriores, é evidente que pela autorregulação de mercado, os preços de bens e serviços tendem a subir quando há diminuição da oferta e aumento da demanda.

No entanto, os aumentos abusivos desses produtos podem evidenciar não mais um problema estrito à esfera consumerista, recaindo também no direito concorrencial ao se verificar que esses aumentos de preços por parte das empresas poderão elevar seus lucros de forma a aumentar o poder de mercado exercido, ou mesmo excluir outras empresas do mercado.

Nessa toada, a Câmara Legislativa do Distrito Federal aprovou em 17 de março de 2020 um Projeto de Lei contra os preços abusivos de álcool em gel e insumos de saúde de prevenção ao vírus (MICHEL, 2020)³², de forma a garantir que o mercado mantenha os preços habitualmente praticados para esses produtos.

³⁰ Atos de Concentração nº 0044/1995 (arrendamento de ativos industriais da Mendes Júnior pela Belgo Mineira Participações); 0092/1996 (aquisição da Celite S.A pela INCEPA); 0084/1996 (aquisição do controle da Metal Leve pela COFAP); 08012.007374/1997-34 (contratos de compra e venda e de franquia entre a Cervejaria Brahma e a Pepsico Inc); 0812.005205/1999-68 (aquisição de 100% das ações da Casil Indústria e Comércio pela São Juliano Participações Ltda); 08012.014340/2007-75 (concessão de direitos minerários da massa falida da Mineração Areiense S.A. à Votorantim Metais Zinco S.A.; 08012.000304/1998-81 (cessão de transferência pela Amadeo Rossi S.A. à Forjas Taurus S.A de todo o acervo industrial relacionado à produção de armas curtas e estoques de produtos em processo e prontos).

³¹ ANDRETTA, Filipe. Preço de álcool em gel e máscaras subiu até 161%; governo deveria tabelar? **UOL**. São Paulo, 12 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2MkboFK>. Acesso em: 2 jun. 2020.

³² MICHEL, Fabio M. DF aprova lei contra preços abusivos de álcool gel e insumos de prevenção ao coronavírus. **Rede Brasil Atual**. São Paulo, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2U15LQK>. Acesso em: 2 jun. 2020.

No dia seguinte à aprovação, o CADE divulgou a abertura de investigação³³ de empresas no setor de saúde após diversas denúncias de aumento de preços e lucros de forma abusiva que possam gerar danos deletérios à concorrência. No que diz respeito ao controle de condutas, a análise será feita de forma repressiva, visto que os preços já foram ajustados em valores superiores. Caso seja constatado pela autoridade que essa prática prejudicou ou teria o potencial de prejudicar o ambiente concorrencial e o mercado de produtos dessas categorias, as empresas poderão ser penalizadas.

Além disso, ICN divulgou um documento de orientação e recomendações gerais sobre a defesa e manutenção da concorrência (INTERNATIONAL, 2020)³⁴ acerca durante e após a pandemia do COVID-19. Por sua vez, em 16 de abril de 2020, o CADE manifestou seu apoio às declarações constantes no referido documento, reafirmando a importância de se garantir a precificação competitiva de bens e serviços por meio da atuação das autoridades antitruste.

5. Conclusão

A flexibilização do *enforcement* antitruste em momentos de crises econômicas foi constatada em âmbito mundial. Isto é um fato. Diversos mecanismos legais e procedimentais foram elaborados para a contenção das crises, proteção do ambiente concorrencial e manutenção da livre concorrência. Exceções foram e ainda serão permitidas.

O que se percebe é a necessidade de comunicação cada vez mais ampla entre *players* do mercado e autoridades concorrenciais. Isto porque, é preciso que se avalie caso a caso e, com base em dados concretos, se possa concluir pela possibilidade de flexibilização do entendimento jurisprudencial ou mesmo normativo da legislação antitruste, de forma a manter as empresas em funcionamento no mercado e evitar maiores prejuízos à sociedade como um todo, ou mesmo ante o reconhecimento de que certas práticas que teriam potencial anticompetitivo em tempos de normalidade possam ser benéficas em razão da atipicidade dos mercados.

Referências

³³ Procedimento Preparatório nº 08700.001354/2020-48.

³⁴ O documento em questão pode ser acessado em INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **ICN Steering Group Statement:** Competition during and after the COVID-19 Pandemic. [s.l.]: ICN, abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2zTfrpN>. Acesso em: 2 jun. 2020.

ALERT: Will COVID-19 Impact Antitrust Review of M&A Deals and How Can Parties Minimize Disruption? **JDSUPRA**. Sausalito, California, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/36NOuQi>. Acesso em: 02 de junho de 2020.

ANDRETTA, Filipe. Preço de álcool em gel e máscaras subiu até 161%; governo deveria tabelar? **UOL**. São Paulo, 12 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2MkboFK>. Acesso em: 2 jun. 2020.

AREEDA, Philip; KAPLOW, Louis. **Antitrust analysis: problems, text, cases**. 5. ed. Aspen: Law & Business, 1997.

BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3f7Ply3>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **CORONAVÍRUS - Alinhamento entre Governo Federal e empresas de aviação garante ligação aérea em todos os estados**. Brasília: ANAC, 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/3gEf2li>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Protocolo Temporário para Transporte Aéreo Essencial Nacional**. São Paulo: MPF, 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/2YsQppV>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Legislação COVID-19**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://bit.ly/3dpqk0Z>. Acesso em: 2 jun. 2020.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. v. 3.

CRANE, Daniel. Antitrust Enforcement During National Crises: An Unhappy History. **Competition Policy International**, v. 12, 2008.

EUROPEAN COMMISSION. *In: ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES - OCDE. Policy Roundtables: The Failing Firm Defence*. Paris: OECD, 2009. p. 183-188.

EUROPEAN Commission Delays Merger Notifications Until Further Notice, Develops Emergency State Aid Response to COVID-19 Outbreak. **JDSUPRA**. Sausalito, California, 17 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2AphSQQ>. Acesso em: 2 jun. 2020.

GODOY, Denyse *et al.* Quem vai salvar a economia do coronavírus? **Exame**. São Paulo, 26 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2TXLbks>. Acesso em: 2 jun. 2020.

GREENSPAN, Alan. **A era da turbulência**: aventuras em um novo mundo. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

HAWLEY, Ellis W. **The new deal and the problem of monopoly**: a study in economic ambivalence. New York: Fordham Press, 1996.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**: the law of competition and its practice. 3 ed. Saint Paul: Thomson/West, 2005.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **ICN Steering Group Statement**: Competition during and after the COVID-19 Pandemic. [S.l.]: ICN, abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2zTfrpN>. Acesso em: 2 jun. 2020.

KINDLEBERGER, Charlie P.; ALIBER, Robert Z. **Manias, pânico e crises**: Uma história das catástrofes econômicas mundiais. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009..

KOKKORIS, Ioannis; OLIVARES-CAMINAL, Rodrigo. **Antitrust law amidst financial crises**. New York: Cambridge University Press, 2010.

MICHEL, Fabio M. DF aprova lei contra preços abusivos de álcool gel e insumos de prevenção ao coronavírus. **Rede Brasil Atual**. São Paulo, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2U15LQK>. Acesso em: 2 jun. 2020.

MILLER III, James C *et al.* Industrial policy: deindustrialization through competition or coordinated action? **Yale Journal on Regulation**, Yale, v. 2, n. 1, 1984.

OECD. **Crisis Cartels**: Contribution from the European Union. Paris: OECD, 2011, p. 116-117. Disponível em: <https://bit.ly/2UnCQGJ>. Acesso em: 2 jun. 2020.

REZENDE, Cyro. **História econômica geral**. São Paulo: Contexto, 2008.

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

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION. **Draft Vertical Merger Guidelines**. Washington: FTC, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/37blL8l>. Acesso em: 2 jun. 2020

VARNEY, Christine A. Vigorous antitrust enforcement in this challenging era. **The United States Department of Justice**. Washington, 12 de maio 2009. Disponível em: <https://bit.ly/36OaZVn>. Acesso em: 2 jun. 2020.

Análise da concentração do mercado brasileiro de telefonia móvel

Analysis of the concentration of the brazilian mobile phone market

Gabriela Carvalho¹
Silvinha Vasconcelos²

RESUMO

Este trabalho analisa a concentração do mercado brasileiro de telefonia móvel devido à grande demanda entre os consumidores e o encerramento da barreira entre o serviço de voz e internet móvel em razão dos avanços tecnológicos, entre os anos de 2011 a 2019. Para isso foram utilizados os índices de concentração: Herfindahl Hirschman (HHI) e Razão de Concentração (CR), além do Índice de Instabilidade (I). Conclui-se que o serviço de voz é caracterizado como altamente concentrado entre 2011 e 2014 e nos anos de 2017 e 2019, mas apresentou concentração moderada nos demais anos analisados. Os serviços 3G e 4G aparecem altamente concentrados em quase todos os anos discutidos, exceto no ano de 2017 para o serviço 3G e, nos anos de 2018 e 2019 para o 4G, quando ambos apresentaram concentração moderada. Em relação a instabilidade, o mercado é caracterizado estável e apresenta resultados próximos da instabilidade mínima.

Palavras-chave: Índices de Concentração; Índice de Instabilidade; Organização Industrial; Telefonia Móvel.

Classificação JEL: L11, L33, L43, L96.

ABSTRACT

This paper analyzes the concentration of the Brazilian mobile telephony market due to the high demand among consumers and the closing of the barrier between the voice service and mobile internet due to technological advances, between the years 2011 to 2019. For this purpose, the following concentration indexes are used: Herfindahl Hirschman (HH) and Concentration Ratio (CR), in addition to the Instability Index (I). It is concluded that the voice service is characterized as highly concentrated from 2011 to 2014, and also in the years 2017 and 2019, but, in the other years analyzed, this service presents a moderate concentration. 3G and 4G services appear highly concentrated in almost all the years discussed, except in the year 2017 for the 3G service and, in the years 2018 and 2019 for the 4G when both presented moderate concentration. Regarding instability, the market is characterized as stable and presents results close to the minimum instability.

Keywords: Concentration Indexes; Instability Index; Industrial organization; Mobile Telephony.

¹ Graduada em Economia pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: gabriela-carvalho@outlook.com

² Professora Titular do Departamento de Economia da Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: silvinha.vasconcelos@ufjf.edu.br

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Revisão de Literatura. 2.1 A Teoria da Regulação nos mercados de telecomunicações. 2.2 Teoria dos Mercados Relevantes. 3. O Setor de Telefonia Móvel. 4. Análise da concentração do mercado de telefonia móvel do Brasil. 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

O setor de telecomunicações vem passando por uma série de mudanças ao longo do tempo, em boa parte devido ao rápido e intenso avanço na geração e difusão das tecnologias móveis e da internet. A intensidade de tais mudanças tem provocado efeitos importantes no mercado, não somente porque os serviços e bens ofertados impactam todo o sistema produtivo de outros setores dependentes desta tecnologia, mas também porque estes mesmos bens e serviços reduzem demasiadamente as distâncias, criando um sistema mundialmente integrado (NERIS JR.; FUCIDJI; GOMES, 2014)³.

Outro efeito importante de tal dinâmica tecnológica é o notável crescimento da demanda por telefonia móvel. No caso brasileiro, o número de linhas móveis passou de 1416,5 mil em 1995 para um total de 150,6 milhões de assinaturas em 2008 (BRASIL, 2015; BRASIL, 2015a)⁴. Já em março de 2020 este número passou para 226,3 milhões de linhas móveis em operação (BRASIL, [2020])⁵. Portanto, as mudanças no produto e serviços de telefonia (as quais estendem a antiga finalidade de um telefone, como um meio somente de comunicação direta por voz, para uma multiplicidade de funções e serviços que vão desde entretenimento até localização geográfica, dentro de uma única solução tecnológica) conferem a este segmento um grande efeito de atração em termos de consumo (MOCELIN, 2011)⁶.

Pelo lado da oferta, outras mudanças estruturais têm afetado o setor, desde sua privatização no final dos anos 1990, dando fim ao monopólio estatal, até o marco regulatório

³ NERIS JR., Celso; FUCIDJI, José Ricardo; GOMES, Rogério. Trajetórias tecnológicas da indústria de telefonia móvel: um exame prospectivo de tecnologias emergentes. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 23, n. 2, p. 395–431, 2014.

⁴ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Relatórios Consolidados - Indicadores de 1992 a 1996**. Brasília: ANATEL, 2015.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Relatórios Consolidados - Indicadores de 2007 a 2011**. Brasília: ANATEL, 2015a.

⁵ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Painéis de Dados – Acessos - Panorama**. Brasília: ANATEL, [2020]. Disponível em: <https://bit.ly/2Xpz15N>. Acesso em: 25/06/2020.

⁶ MOCELIN, Daniel Gustavo. Tecnologia, competitividade e regulação: A estruturação do mercado das telecomunicações no Brasil. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, 15., 2011, Curitiba. **Anais [...]**. Curitiba: Sociedade Brasileira de Sociologia, 2011.

pela Lei Geral de Telecomunicações (LGT), que assegura as condições legais de operação do setor, bem como a criação de uma agência reguladora, qual seja, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) (TUROLLA; OHIRA; LIMA, 2007)⁷.

Diante de tamanhas alterações, analisar a participação e o poder de mercado de cada agente envolvido se tornou necessário, visto que a concorrência da indústria de teleequipamentos “aumentou em termos qualitativos, e diminuiu o número de *players* com um processo de concentração através de fusões e aquisições” (NERIS JR.; FUCIDJI; GOMES, 2014, p.397)⁸.

Dadas as mudanças tecnológicas e de estrutura destacadas, o objetivo deste artigo é analisar a participação de mercado das firmas no setor de telefonia móvel em perspectiva estática e dinâmica entre os anos de 2011 e 2019. Para tal objetivo serão calculados os tradicionais índices de concentração, e o índice de instabilidade, passando pela definição de mercado relevante geográfico e de produto.

Este trabalho tem a seguinte estrutura de organização: além dessa introdução, a segunda seção apresenta uma revisão de literatura do significado do que é regulação neste setor bem como o mercado relevante no caso brasileiro. Na terceira seção é apresentada a caracterização do setor de telefonia móvel no país. Na quarta seção descreve-se o método, os dados utilizados e os resultados, e por fim, aborda-se as principais conclusões do trabalho.

2. Revisão de Literatura

2.1 A Teoria da Regulação nos mercados de telecomunicações

Para mercados de infraestrutura, que são setores que exibem economias de grande escala em relação ao tamanho do mercado como o setor de telecomunicações, a regulação é um instrumento utilizado para garantir a competição, pois visa manter uma competição saudável e maximizar o bem estar social (VISCUSI; VERNON; HARRINGTON, 2005)⁹.

Além desses objetivos, a regulação tem o intuito de expandir o mercado eliminando as barreiras às entradas, objetivando uma estrutura mais competitiva e criando condições sustentáveis para todos os agentes. Com a expansão do mercado, a regulação busca alcançar a

⁷ TUROLLA, Frederico Araújo; OHIRA, Thelma Harumi; LIMA, Maria Fernanda Freire de. Concorrência, convergência e universalização no setor de telecomunicações no Brasil. **TelComp**, São Paulo, 2007.

⁸ NERIS JR., Celso; FUCIDJI, José Ricardo; GOMES, Rogério. Trajetórias tecnológicas da indústria de telefonia móvel: um exame prospectivo de tecnologias emergentes. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 23, n. 2, p. 395–431, 2014

⁹ VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON, Joseph E. **Economics of regulation and antitrust**. 4. ed. Massachusetts: The MIT Press, 2005.

universalização do produto e evitar a prática de preços abusivos (TREMBLAY; TREMBLAY, 2012; PIRES, 1999)¹⁰.

Quando se trata de abusos de preços, este instrumento pode possibilitar que o setor desvincule seu preço ofertado da sua estrutura de custos através do preço limite, que exige que se estabeleça um preço máximo, que é reajustado em intervalos periódicos (TREMBLAY; TREMBLAY, 2012)¹¹.

O setor, por ter um alto nível de mudanças tecnológicas precisa de uma política para adaptar e estimular inovações, assim como a diversificação dos serviços garantindo que tanto as empresas que já estão estabelecidas no mercado quanto as entrantes tenham condições de “brigar” pela parcela de mercado de uma forma igualitária e justa (PIRES, 1999)¹².

O papel da agência reguladora é importante no que tange a garantia de todos os objetivos da regulação. A agência tem que ter sua autonomia para agir dentro do mercado e atender as necessidades dos consumidores, como por exemplo, receber e analisar as reclamações e se as empresas estão atendendo as regras impostas (PIRES, 1999)¹³. As reclamações no caso do Brasil podem ser feitas através da: Internet via Suporte do Atendimento aos Usuários (FOCUS); da central de atendimento telefônico gratuito; do aplicativo “Anatel Consumidor” ou pessoalmente, nas Salas do Cidadão (ANATEL, 2017)¹⁴.

Como apresentado, a regulação é um instrumento com objetivo de garantir que a concorrência dentro de um mercado fique mais justa e dinâmica. A seguir será abordada a teoria sobre a delimitação do mercado relevante e suas características que, juntamente com a regulação, pode auxiliar sobre decisões na defesa da concorrência.

2.2 Teoria dos Mercados Relevantes

¹⁰ TREMBLAY, Victor J.; TREMBLAY, Carol Horton. **New Perspectives on Industrial organisations**. New York: Springer, 2012.

PIRES, José Cláudio Linhares. **Políticas regulatórias no setor de telecomunicações: a experiência internacional e o caso brasileiro**. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1999. (Texto para Discussão, 71).

¹¹ TREMBLAY, Victor J.; TREMBLAY, Carol Horton. **New Perspectives on Industrial organisations**. New York: Springer, 2012.

¹² PIRES, José Cláudio Linhares. **Políticas regulatórias no setor de telecomunicações: a experiência internacional e o caso brasileiro**. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1999. (Texto para Discussão, 71).

¹³ Ibidem.

¹⁴ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Saiba como reclamar de sua prestadora**. Brasília: ANATEL, 2017.

Muitas decisões antitruste dependem de quão amplo ou estreito é o mercado e, de acordo com o DEE (2010)¹⁵, a definição da amplitude do mercado é uma das fases mais relevantes do estudo em defesa da concorrência. Esta importância resulta da composição de elementos a respeito da competição, inerentes a demarcação do mercado.

Tremblay e Tremblay (2012)¹⁶ confirmam tal visão, segundo os quais, antes de se medir o grau de concentração no mercado, ou seja, a parcela de mercado que cabe às firmas, é necessário definir corretamente o mercado que se quer analisar. Uma forma de fazê-lo é considerar que o “mercado econômico relevante inclui todos os produtos que são substitutos próximos do consumo e da produção” (TREMBLAY; TREMBLAY, 2012, p. 184, tradução nossa)¹⁷. “Se todos os produtos fossem razoavelmente homogêneos e distintos, os limites dos produtos seriam relativamente claros e maiores” (TREMBLAY; TREMBLAY, 2012, p. 184, tradução nossa)¹⁸. Porém, os limites do mercado de produto tornam-se menores quando estes são substitutos imperfeitos. Por exemplo, o caso dos *smartphones*, que são capazes de substituir os *notebooks*, tornando-se substituto imperfeito deste último. Neste caso, pode ser que as empresas de *smartphones* também façam parte do mercado de computadores, o que o torna susceptível a mais competição se for definido nestes termos. Assim, a extensão do produto determina a extensão do mercado, no sentido de incorporar mais ou menos firmas que o integram e, portanto, a intensidade da competição a partir das características da sua estrutura. Neste contexto, é de importante contribuição o cálculo das elasticidades de substituição entre os produtos, por permitir uma melhor identificação de quais produtos devem compor um mesmo mercado, como ressalta Botteselli (2015)¹⁹.

No que diz respeito à delimitação das fronteiras geográficas do mercado, estas podem ser locais, nacionais ou internacionais²⁰. Normalmente, tal delimitação depende do valor do produto, seu peso e custos de envio por quilômetros. Para a Anatel (2012), a dimensão

¹⁵ DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS (DEE). **Delimitação de Mercado Relevante**. Brasília: DEE, 2010.

¹⁶ TREMBLAY, Victor J.; TREMBLAY, Carol Horton. **New Perspectives on Industrial organisations**. New York: Springer, 2012.

¹⁷ TREMBLAY, Victor J.; TREMBLAY, Carol Horton. **New Perspectives on Industrial organisations**. New York: Springer, 2012.

¹⁸ Idem.

¹⁹ BOTTESELLI, Ettore. Delimitação de mercado relevante: Produtos diferenciados, análise quantitativa e qualitativa. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 1, n. 5, p. 487–501, 2015.

²⁰ A delimitação de mercado relevante nestes padrões de produto e geográfico estão de acordo com o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal. BRASIL. Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001. Expedo o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF nº 158-E, 17 de ago. 2001, Seção 1, p. 12 a 15.

geográfica do mercado relevante tem correspondido a definição da União Europeia que se baseia em dois parâmetros principais:

a) a área de abrangência de uma rede: na prática esta área corresponderá aos limites da área na qual um operador está autorizado a prestar o serviço; e b) a existência de instrumentos legais e regulamentares: o fato das prestadoras de telecomunicações poderem ofertar serviços exclusivamente nas áreas em que foram autorizadas, seguindo regras de tarifação e obrigações quanto à adequada prestação do serviço semelhantes, e o fato da arquitetura da rede refletir a dimensão geográfica das licenças de telecomunicações, explicam o motivo de se considerar as normas regulamentares como critério principal na dimensão geográfica. Com base nesses dois critérios principais, a dimensão geográfica dos mercados relevantes dos serviços móveis deve acompanhar as limitações geográficas estabelecidas na regulamentação setorial (ANATEL, 2012, p. 91)²¹.

Dada as informações sobre a delimitação do mercado relevante e a importância deste para garantir a competitividade do setor de modo a remediar o efeito de concentração das empresas, a sessão seguinte vai fazer uma análise do setor, abordando as mudanças até o cenário atual do mercado de telefonia móvel.

3. O Setor de Telefonia Móvel

O serviço de telefonia móvel começou a ser ofertado no Brasil em 1990, disponível apenas para o serviço de voz, além desse serviço o país também tinha o serviço de telefonia fixa com a mesma função. O sistema móvel a princípio teve pouca procura, porém a partir de 1992 a sua demanda foi significativa, tendo taxas de crescimento expressivas (1089,8 % de 1992 a 1994 e de 283,4 % em 1994 a 1996) e um dos motivos para isso ocorrer foi o fato de ser mais rentável do que o serviço fixo. Contudo o setor tinha vários problemas, um deles era que o número ofertado de linhas era incapaz de atender toda a demanda. Nas principais capitais, o consumidor esperava um período de 12 a 14 meses por uma linha de telefone fixa, e quando tratava-se de telefonia celular, o tempo de espera era superior. Isto fazia com que as linhas existentes ficassem mais caras e o uso dos terminais fosse mais intenso, o que provoca uma perda na qualidade com a ampliação da taxa de congestionamento (FERREIRA; MALLIAGROS, 1999)²².

A abertura comercial do final do século XX possibilitou uma grande mudança no setor de telecomunicações, que passou de um monopólio estatal que fornecia os serviços de

²¹ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Análise dos mercados relevantes**. Brasília: ANATEL, 2012.

²² FERREIRA, Pedro Cavalcanti Gomes; MALLIAGROS, Thomas Georges. Investimentos, fontes de financiamento e evolução do setor de infra-estrutura no Brasil: 1950-1996. **Ensaio Econômico**, Rio de Janeiro, n. 346, 1999.

telecomunicações para um modelo de competição regulada. Os movimentos regulatórios ocorreram em diversos países²³ que tinham como objetivo as reformas setoriais e isto se estendeu também para o Brasil (CPqD, 2006)²⁴. No caso brasileiro, a Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás), antiga *holding* estatal foi regulada por meio da Lei Geral de Telecomunicações (LGT) em 1997 e privatizada no ano de 1998 por meio de um leilão. Esta estratégia proporcionou a vinda de novas firmas ofertantes dos serviços de telecomunicações, através de um modelo de competição regulada, buscando novos investimentos, incentivo à competição do setor, diversidade e melhoria na qualidade (MIRANDA; KUME; PIANI, 2011; HENTEN; FALCH; TADAYONI, 2004)²⁵.

A nova regulação setorial estabeleceu que ofertar serviços de telecomunicações, além de investir na infraestrutura e na exploração dos serviços, em regime de competição, são funções do setor privado. Essas obrigações são realizadas através de concessões, permissões ou autorizações permitidas pelo Estado (LOURAL; LEAL, 2010)²⁶.

Assim, apesar da privatização, cabe ao Estado proporcionar a “livre, ampla e justa competição”, elaborando, por meio do Ministério das Comunicações, políticas, diretrizes, objetivos e metas. A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), por sua vez, tem a missão de aprimorar os instrumentos, projetos e ações que viabilizem a oferta de planos de serviços de telecomunicações, considerando as normas e as metas definidas pelo Ministério das Comunicações (LOURAL; LEAL, 2010)²⁷. Além disso, por meio dos instrumentos jurídicos que a Lei concede, a regulação deve impulsionar o desenvolvimento do setor, de modo que o acesso da população ao serviço em níveis competitivos de preço, qualidade e eficiência tecnológica fiquem assegurados (BERTOLIN, 2010)²⁸. Ou seja, o papel da Agência reguladora dentro do setor é regulamentar e fiscalizar baseando-se em dois princípios de atuação: a

²³ Países como: Chile em 1987; Argentina em 1990; México em 1991 e Peru em 1994; também adotaram como estratégia a privatização para regular o setor. GUTIERREZ, Luis H; BERG, Sanford. Telecommunications liberalization and regulatory governance: lessons from Latin America. **Telecommunications Policy**, [S.l.], v. 24, p. 865–884, 2000.

²⁴ CENTRO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO EM TELECOMUNICAÇÕES (CPqD). **Telecomunicações**: nota técnica setorial referenciada no território. Campinas: CPqD, 2006.

²⁵ MIRANDA, Pedro; KUME, Honorio; PIANI, Guida. **Liberalização do comércio de serviços**: o caso do setor de telecomunicações no Brasil. Rio de Janeiro: IPEA, 2011. (Texto para Discussão, 1599).

HENTEN, Anders; FALCH, Morten; TADAYONI, Reza. New trends in telecommunication innovation. **Communications & Strategies**, [S.l.], v. 54, n. 2, p. 131-158, 2004.

²⁶ LOURAL, Claudio de Almeida; LEAL, Rodrigo Lima Verde. **Desafios e oportunidades do setor de telecomunicações no Brasil**. Brasília: CEPAL-IPEA, 2010. (Texto para Discussão, 27).

²⁷ Ibidem.

²⁸ BERTOLIN, Aline. A regulação de telecomunicações no Brasil: Desafio aos direitos econômicos fundamentais. **Democracia, Direito & Cidadania**, Uberaba, v. 1, n. 1, 2010.

universalização dos serviços básicos de telecomunicações e a ampla e justa concorrência na exploração de serviços (OLIVEIRA, 2009)²⁹.

Na época em que o mercado de telecomunicações era de responsabilidade da TELEBRÁS, esta funcionava por meio de uma empresa *holding*, composta por 27 operadoras estaduais ofertando serviços de telefonia fixa local e móvel, além da EMBRATEL que oferecia o serviço de longa distância nacional e internacional (BRAGANÇA, 2005)³⁰. Como consequência da mudança estrutural, ocorreu uma redução do número de atuantes no mercado como apresentado no Quadro 1.

Quadro 1 – Operadoras e áreas de atuação do serviço de voz no Brasil, em 2019

Operadoras	Área de Atuação
Vivo, Tim, Claro, Oi	Nacional
Algar	Estadual (Goiás, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo, além do Distrito Federal)
Sercomtel	Municipal (Em cidades do Norte, Noroeste e Sul do Paraná como concessionária ou em telefonia fixa na condição autorizada)
Sercomtel em parceria com a COPEL (Companhia Paranaense de Energia)	Municipal (Em Maringá e região, e em Curitiba e região)

Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de informações dos sites das operadoras, ALGAR (ONDE, [2020]) e SERCOMTEL (ÁREAS, [2020]).

Após as privatizações uma série de investimentos, principalmente em infraestrutura, trouxe inovações tecnológicas e a modernização da forma de ofertar os serviços de telecomunicações. A partir disso, as empresas tiveram a possibilidade de efetuar a chamada convergência, oferecendo serviços apenas em uma rede e, assim, eliminando a necessidade de várias redes destinadas a cada serviço, já que a infraestrutura usada para a prestação de determinado serviço de telecomunicação, como telefonia, também poderia fornecer outro

²⁹ OLIVEIRA, Artur Coimbra de. O papel do órgão regulador na resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações: a arbitragem e a mediação à luz das experiências japonesa, inglesa e americana. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 1, n. 1, 2009.

³⁰ BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza de. A Remuneração de Redes nas Telecomunicações e a Nova Orientação a Custos: Avaliação e Perspectivas para a Telefonia Fixa Brasileira. Rio de Janeiro: **IPEA**, 2005. (Texto para discussão, 1104).

serviço, como acesso à internet e a televisão a cabo. Por esse motivo, a infraestrutura de telecomunicações não pode ser considerada apenas como aquela que visa a suprir a demanda de serviços de telefonia para uso de voz (LOURAL; LEAL, 2010)³¹.

Os desenvolvimentos em satélite, fibra ótica e tecnologia móvel, acarretaram uma melhoria das comunicações globais. Isso possibilitou que a globalização da produção e dos mercados ocorresse de uma forma mais fácil. Além disso, as inovações tecnológicas simplificam a troca de informações entre diferentes pessoas no mundo, permitindo que as informações de qualquer lugar do mundo cheguem a outro local com rapidez e com fácil acesso, além da redução dos custos de comunicação (GRUBER; VERBONVEN, 2001; LAM; SHIU, 2010)³². Com isso, além do serviço de voz, a modernização possibilitou ofertar serviços como os: serviços do uso de dados (internet móvel 3G e 4G³³), o serviço de rádio, o Operador Móvel Virtual e o Serviço Móvel Especializado (SME), como apresentado no quadro 2.

Quadro 2 – Outros serviços oferecidos pela telefonia móvel

Serviço	Descrição do Serviço
Internet Móvel 3G/4G	Os serviços de internet móvel 3G e 4G são os mais populares entre os usuários por serem oferecidas pelas operadoras sem restrições de público e por estarem incluídas nos planos telefônicos.
Rádio	Utiliza a Integrated Digital Enhanced Network (iDEN) que é uma tecnologia de radiocomunicação via celular (realiza as funções idênticas dos sistemas celulares tradicionais).
Operador Móvel Virtual ou <i>Mobile Virtual Network Operator (MVNO)</i>	É um ofertante de celular que não detém rede própria nem frequências, usufrui a rede de outras

³¹ LOURAL, Claudio de Almeida; LEAL, Rodrigo Lima Verde. **Desafios e oportunidades do setor de telecomunicações no Brasil**. Brasília: CEPAL-IPEA, 2010. (Texto para Discussão, 27).

³² GRUBER, Harald; VERBOVEN, Frank. The diffusion of mobile telecommunications services in the European Union. **European Economic Review**, [S.l.], v. 45, n. 3, p. 577–588, 2001.

LAM, Pun-Lee; SHIU, Alice. Economic growth, telecommunications development and productivity growth of the telecommunications sector: Evidence around the world. **Telecommunications Policy**, [S.l.], v. 34, n. 4, p. 185–199, 2010.

³³ O serviço de internet móvel 3G começou a ser disponibilizados no Brasil a partir do ano de 2007. SOUZA, Marcos Antônio; ZAMBON, Edson Pedro; PINHEIRO, Gilson Elias Neves. Tecnologia 3G como Determinante de Custos: estudo em uma operadora de telefonia móvel. **Contabilidade, Gestão e Governança**, Brasília, v. 18, n. 2, p. 27-44, 2015. O outro sistema de internet móvel é o 4G, que foi disponibilizado no Brasil em 2013 e chega a ser quinze vezes mais rápido que o 3G. TELES, Giovana. Tecnologia 4G chega ao Brasil. Brasília. **Portal G1**. Brasília, 16 mar. 2013. Disponível em: <https://glo.bo/2MmkkKq>. Acesso em: 22/11/2019.

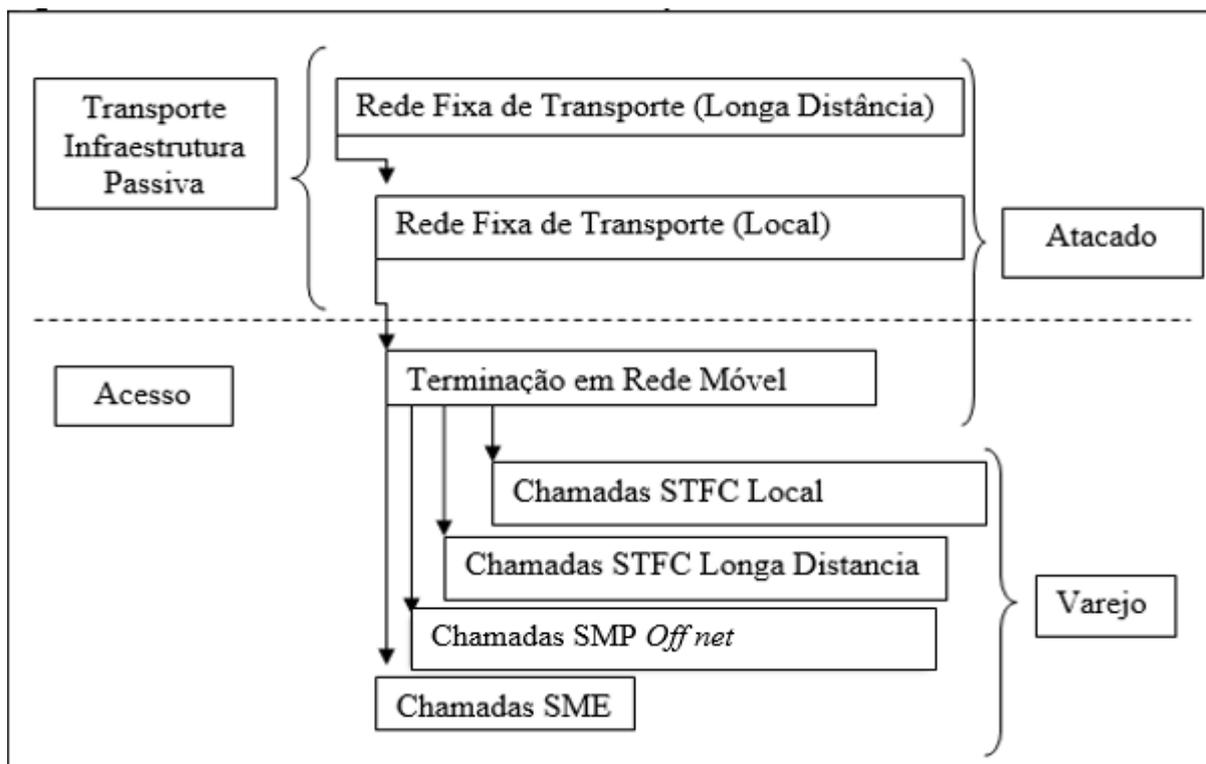
	operadoras, adquire no atacado (minutos, mensagem de texto, dados, entre outros) e paga um preço com desconto em relação ao preço médio do varejo ou atua na receita.
Serviço Móvel Especializado (SME)	O SME é disponibilizado às pessoas jurídicas ou grupos de pessoas caracterizados pela realização de atividade específica e não pode ser ofertado a pessoas físicas individualmente.

Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de informações da Teleco (O QUE, 2010; MVNO, 2020; SERVIÇO, 2019).

Apesar da modernização, uma característica estrutural importante do setor de telefonia é a presença de barreiras à entrada não transitórias, considerando que a terminação da chamada móvel pode ser um monopólio da prestadora que possui a rede nas chamadas móvel–fixo (Figura 1) dado que não encontra substitutos para essa necessidade, seja do lado da demanda ou da oferta. Ou seja, pelo lado da demanda, quando um cliente efetua uma chamada para outro cliente, não é de maior relevância qual ofertante ele utiliza. E, pelo lado da oferta, se dois clientes forem de operadoras diferentes, a prestadora do usuário que origina a chamada só poderá realiza-la por meio da rede da outra prestadora, não existindo serviço ou possibilidade técnica que possa substituir esse serviço. Desse modo, se o ofertante de terminação de chamadas eleva seus preços, outras operadoras não conseguem modificar essa terminação, por não haver substitutos também do lado da oferta (ANATEL, 2012)³⁴.

Figura 1 – Conexão do Mercado na Rede de Produção

³⁴ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Análise dos mercados relevantes**. Brasília: ANATEL, 2012.



Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de ANATEL (2012, p. 91).

Nota: Infraestrutura passiva corresponde à: Dutos, postes, condutos e torres.

Por outro lado, uma conduta de preços abusivos tem menos chance de acontecer quando se trata das chamadas móvel-móvel, especialmente se o tráfego entre redes for equilibrado e as estruturas de custos simétricas. Nessa situação, o efeito do pagamento da interconexão será anulado e os preços de terminação de chamadas são parecidos. Tais condições permitem que ocorra a prática de condutas uniformes, isto é, as empresas estabelecem níveis de preços homogêneos de terminação, não importando se são elevados ou baixos demais. Essa prática pode gerar preços de interconexão mais elevados dos que os custos, bem como ineficiências alocativas, especialmente em situações desse tipo de interconexão (ANATEL, 2012)³⁵.

Com relação ao preço da tarifa, o Brasil e grande parte do mundo utilizam o sistema de tarifação no qual quem está fazendo a ligação é quem paga pela chamada *Calling Party Pays* (CPP), aumentando assim as chances de as ofertantes terem o monopólio sobre a terminação das chamadas em suas redes bem como a visibilidade de preços abusivos. Isto porque, a partir deste sistema, o cliente que recebe a ligação de qualquer tipo, não se atenta com os custos incorridos por quem está fazendo a ligação. Com isso, as operadoras não têm motivações para impor tarifas baixas nas terminações e conseguem cobrar taxas mais altas dado que quem pagará

³⁵ Ibidem.

não é o usuário de sua rede. Essa conduta é capaz de provocar ineficiências alocativas e alterar a estrutura de preços, principalmente se os lucros no atacado, através da terminação de chamadas, forem maiores que os do mercado de varejo (ANATEL, 2012)³⁶.

Caso os preços no varejo sejam subsidiados com lucros resultantes do negócio de terminação de chamadas, o bem estar se expande na medida em que os clientes da rede fixa estão aptos a atingir mais usuários móveis do que se não ocorresse esse subsídio, e os clientes móveis estariam em melhores condições por poderem usufruir de preços mais baixos. Porém, caso não haja regulação, os preços de terminação móveis podem ser determinados a patamares relativamente altos, já que o efeito negativo das tarifas altas, especialmente para os clientes das redes fixas, pode ultrapassar o efeito positivo citado (ANATEL, 2012)³⁷.

Essa elaboração de preços gera externalidades de rede, fazendo com que a operadora com poder de mercado significativo tenha uma vantagem frente às ofertantes com redes menores, que ficam em pior situação e começam a perder clientes para a prestadora com poder de mercado significativo. Quanto maior for a tarifa de terminação de chamadas maior será a desvantagem para as ofertantes com redes menores quando se trata de conseguir uma parcela no mercado, sendo que, conseqüentemente, maior será a discrepância entre os preços nas chamadas *on net* (entre celulares da mesma operadora) e chamadas *off net* (entre celulares de operadoras diferentes). A partir disso, a operadora que termina a ligação consegue influenciar a competição aumentando os custos de suas rivais ou repassando ineficiências aos concorrentes (ANATEL, 2012)³⁸.

Assim, a interconexão é indispensável para que a operadora seja capaz de se manter no mercado, porque, se estiver ausente, os clientes da operadora entrante não poderão falar com os usuários das operadoras já estabelecidas. Do contrário, a entrante terá poucas condições de continuar no mercado. A partir disso pode acontecer das ofertantes presentes no mercado fazerem recusa de interconexão, podendo causar uma barreira à entrada e restrição das atuantes, principalmente das que estão entrando. Na recusa de interconexão, a prestadora com poder de mercado significativo pode administrar sua rede mesmo que a ausência de interconexão com as redes da operadora entrante não seja verificada pelos usuários da estabelecida, podendo levar os mesmos a mudarem de prestadora. A ofertante já estabelecida poderá praticar tal atitude

³⁶ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Análise dos mercados relevantes**. Brasília: ANATEL, 2012.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem

desde que o número de usuários da ofertante entrante seja baixo o suficiente para não afeta-la e essa conduta pode ser analisada nos casos móvel-móvel como no fixo-móvel (ANATEL, 2012)³⁹.

No que diz respeito à evolução da demanda por serviço de voz, constata-se que a crescente evolução da tecnologia, com o consequente uso dos *smartphones*, tem dado ao consumidor acesso à internet, além do serviço de voz, em apenas um aparelho. Este pode ser um dos motivos pelos quais a partir de 2014 o setor de telefonia móvel brasileiro teve uma queda na quantidade de acessos (Tabela 1).

Tabela 1 – Quantidade total de acessos (em milhões) e densidade (celular/100 habitantes) para o Brasil, entre 2011 a 2019

Anos	Número de Acessos	Densidade
2011	242,231	122,713
2012	261,775	131,385
2013	271,100	134,853
2014	280,732	138,000
2015	257,814	125,660
2016	244,070	118,040
2017	236,500	113,900
2018	229,200	109,900
2019	226,700	96,900

Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de TELEBRASIL (2016) e ANATEL (S.d).

As possíveis razões para tal queda seriam, primeiro, o reparo na base promovido pelas operadoras, limitando o tempo para desligamento de pré-pagos inativos. Este processo normalmente é mais intenso no mês de dezembro, o qual determina a base para recolhimento da taxa do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL), no valor de R\$ 13,42 por chip ativo. Em segundo lugar se teria o abandono do segundo chip pelo cliente, pois o uso de aplicativos, como o *WhatsApp*, passou a desempenhar o papel como alternativa para comunicação com celulares de outras operadoras, tornando desnecessário o uso de mais de um chip. Em terceiro lugar teria a mudança para planos de controle do pós-pago, pois, com o

³⁹ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Análise dos mercados relevantes**. Brasília: ANATEL, 2012.

abandono do segundo chip e a concentração de gastos com apenas uma operadora, uma parcela dos usuários de pré-pago migrou para os planos pós pago (A CLARO, 2018)⁴⁰.

Mesmo com a redução nos acessos, as principais empresas do mercado (Vivo, Tim, Oi e Claro) mantiveram seus números de acessos maiores que as outras (Nextel e Sercomtel) prestadoras, como demonstrado na Tabela 2.

Tabela 2 – Quantidade de acessos por prestadora no Brasil, em milhões, entre 2011 e 2019

Anos	Vivo	Claro	Tim	Oi	Algar	Outras
2011	71,554	60,380	64,083	45,484	0,001	0,000
2012	76,137	65,238	70,343	49,238	0,741	0,078
2013	77,245	68,704	73,431	50,216	1,004	0,121
2014	79,938	71,107	75,721	50,918	1,205	0,330
2015	73,268	65,978	66,234	48,061	1,298	0,448
2016	73,778	60,171	63,418	42,138	1,342	0,632
2017	74,940	59,020	58,630	38,940	1,313	0,680
2018	73,160	56,420	55,920	37,700	1,290	0,620
2019	74,600	57,998	54,500	37,800	1,604	0,540

Fonte: Elaborada pelas autoras a partir de TELEBRASIL (2019), BRASIL (2019) e TELECO (2020).

Apesar da queda nos acessos, o número de estações rádio base que são responsáveis pela conexão entre os telefones celulares e a companhia telefônica teve um aumento no período de análise (Tabela 3).

Tabela 3 – Número de Estações Rádio Base do Brasil entre os anos de 2011 a 2019

Anos	Número de Estações Rádio Base
2011	53.323
2012	59.017
2013	63.393
2014	70.185
2015	76.264
2016	82.747
2017	88.681
2018	93.218
2019	97.296

⁴⁰ A CLARO vai ultrapassar a TIM no pré pago? **Teleco**. São Paulo, 20 jan. 2018.

Fonte: Elaborado pelas autoras a partir de TELEBRASIL (2018) e Teleco (ERBS, 2020).

Em relação a oferta, o serviço de voz consegue abranger toda a população do Brasil com, pelo menos, uma provedora deste serviço, exceto no primeiro ano de análise que apresentava 99,9% da população com acesso ao serviço de voz (TELEBRASIL, 2017)⁴¹.

Com relação aos serviços de internet 3G e 4G, as principais empresas conseguem atuar nacionalmente, mas diferentemente do serviço de voz, não atende toda a população. O serviço 3G e o 4G no ano de 2019 atendia 98,5% e 96,9% dos municípios brasileiros, respectivamente (COBERTURA, 2020; 4G, 2020)⁴².

As tecnologias disponíveis para uso de dados fazem com que as estratégias entre as prestadoras de serviços foquem não apenas no serviço de voz, mas também no serviço de dados por meio de promoções e planos.

Tendo sido apresentado um panorama das mudanças históricas no setor, a estrutura, a questão de decisão de preços e as tecnologias presentes, serão apresentados a seguir os índices para mensuração da competitividade do mercado e o nível de concentração dos serviços.

4. Análise da concentração do mercado de telefonia móvel do Brasil⁴³

Tradicionalmente, os dois índices mais usados para se analisar o nível de concentração das empresas são a Razão de Concentração (CR)⁴⁴ e o Índice de Herfindahl Hirschman (HHI). A Razão de Concentração (CR) define a participação de mercado das empresas, ou seja, o *market share* das k maiores firmas da indústria, sendo k o número de empresas, ordenando as mesmas da maior firma para a menor. A razão é indicada pela fórmula:

$$CR_k = \sum_{i=1}^k ms_i \quad (1)$$

⁴¹ TELEBRASIL. **Consulta à Base de Dados – Relatórios Séries Temporais Customizados - População atendida pelo SMP (Celular)**. Rio de Janeiro: Telebrasil, 2017.

⁴² COBERTURA 3G. **Teleco**. São Paulo, 7 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2TZVpAI>. Acesso em: 24/05/2020.

4G: 4ª Geração de Celular no Brasil. **Teleco**. São Paulo, 21 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/305OiKT>. Acesso em: 24/05/2020

Ver mapa da telefonia móvel por tecnologia (2G, 3G, 4G) no Brasil em BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Mapa da Telefonia Móvel no País por Tecnologia (2G, 3G e 4G)**. Brasília: ANATEL, 2020.

⁴³ Os índices de concentração utilizados e as respectivas descrições são baseadas em TREMBLAY, Victor J.; TREMBLAY, Carol Horton. **New Perspectives on Industrial organisations**. New York: Springer, 2012 e o índice de instabilidade e sua descrição foi baseado em CABRAL, Luis. **Economia Industrial**. Lisboa: McGraw-Hill, 1994.

⁴⁴ Esse trabalho vai utilizar o CR4, pois o setor tem quatro empresas de destaque: Vivo, Claro, Tim e Oi.

Onde ms_i é a quota de mercado da empresa i , ms_1 é a quota de mercado da maior empresa, ms_2 é a quota de mercado da segunda maior empresa, assim sucessivamente, sendo ms_k a quota de mercado da k -ésima maior empresa. O CR_k se aproxima de 0 quando o número de empresas de tamanho semelhante aumenta e se aproxima de 1 (ou 100%) quando as k maiores empresas são responsáveis por maior parcela de mercado da indústria.

Já o Índice de Herfindahl Hirschman (HHI) é expresso por:

$$HHI = \sum_{i=1}^n ms_i^2 \quad (2)$$

Sendo n o número de empresas no mercado e ms_i a quota de mercado da empresa i . O HHI diminui com um aumento do número de empresas (n) e aumenta com a variação positiva da participação de mercado (s^2). Quando a quota de mercado é expressa em porcentagem, o índice se aproxima de 0 no caso de um mercado competitivo e equivale a 10.000 para um monopólio. Seguindo o critério da *Federal Trade Commission* (FTC) há três pontos de corte que devem ser olhados para classificar o grau de concertação de mercado: Mercado pouco concentrado: HHI abaixo de 1.500; Mercado de concertação moderada: HHI entre 1.500 a 2.500; Mercado altamente concentrado: HHI acima de 2.500 (ANATEL, 2016)⁴⁵.

Além dos índices de concentração também será calculado o índice de instabilidade que permite medir a estabilidade num determinado mercado em termos de empresas atuantes e das suas respetivas quotas e é representado por:

$$I = \frac{1}{2} \sum_{i=1}^n |S_{i2} - S_{i1}| \quad (3)$$

Onde S_{i1} e S_{i2} correspondem, as quotas de mercado da empresa i nos períodos um e dois, respetivamente, e n equivale o número total de empresas em qualquer que seja o período considerado. Este índice varia de 0 quando tem instabilidade mínima, ou seja, as quotas de mercado permanecem constantes entre períodos, a 1 quando a instabilidade é máxima, ou seja, todas as empresas atuantes no período inicial saem do mercado no período seguinte.

No cálculo dos indicadores, foram utilizados os dados⁴⁶ do *market share* fornecido pela ANATEL, TELECO e pelas operadoras, e disponibilizados pela TELEBRASIL (2017a,

⁴⁵ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Relatório de Acompanhamento do setor de telecomunicações: Serviço móvel pessoal (SMP)**. Brasília: ANATEL, 2016.

⁴⁶ A compra da Nextel pela empresa Claro foi concretizada com a aprovação da ANATEL e do CADE apenas no final do ano de 2019 – na data 11/12/2019 (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

2017b)⁴⁷ e TELECO⁴⁸. O período analisado, entre os anos de 2011 a 2019⁴⁹, foi escolhido visto que pode-se ter a análise do impacto da inserção do serviço 4G no mercado, dado que o 3G já estava consolidado entre os consumidores, além do fato da popularização dos *smartphones*, pois o mesmo permite o uso de dados móveis⁵⁰ adicional ao serviço de voz em um único aparelho celular.

Em termos de participação das empresas no mercado de serviço de voz, a empresa Vivo apresentou a maior parcela de mercado em todos os anos de análise como pode ser observado na Tabela 4.

Tabela 4 – *Market Share* do serviço de voz por prestadora no Brasil, em (%), entre 2011 e 2019

Anos	Vivo	Claro	Tim	Oi	Algar	Outras
2011	29,54	24,93	26,46	18,78	0,27	0,02
2012	29,08	24,92	26,88	18,81	0,28	0,03
2013	28,49	25,34	27,09	18,52	0,37	0,18
2014	28,47	25,33	26,97	18,14	0,43	0,66
2015	28,42	25,59	25,69	18,64	0,56	1,10
2016	30,23	24,65	25,98	17,27	0,55	1,32
2017	31,69	24,96	24,79	16,47	0,56	1,54
2018	31,92	24,61	24,40	16,45	0,56	2,06
2019	32,90	24,04	24,02	16,23	0,71	2,10

Fonte: Elaborada pelas autoras a partir dos dados da TELEBRASIL (2017a) e TELECO (2020d).

Cade aprova compra da Nextel pela Claro sem restrições. Brasília, 11 dez. 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/36UH25T>. Acesso em: 02/06/2020), logo a análise vai considerar o *market share* de cada empresa de forma independente, ou seja, a parcela de mercado da Claro não inclui a parcela de mercado da Nextel.

⁴⁷ TELEBRASIL. **Consulta à Base de Dados – Relatórios Séries Temporais Customizados Market Share de SMP (Celular) por Prestadora.** Rio de Janeiro: Telebrasil, 2017a.

TELEBRASIL. **Consulta à Base de Dados – Relatórios Séries Temporais Customizados Market Share do SMP (Celulares) por Tecnologia por Prestadora - 3G (WCDMA).** Rio de Janeiro: Telebrasil, 2017b.

⁴⁸ MARKET Share das Operadoras de Celular no Brasil. **Teleco.** São Paulo, 29 maio 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/3cu3PXk>. Acesso em: 24/05/2020.

MARKET Share de acessos 3G das operadoras de Celular. **Teleco.** São Paulo, 14 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3drQwYN>. Acesso em: 24/05/2020.

4G (LTE) no Brasil. **Teleco.** São Paulo, 14 maio 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/2MpfgoY>. Acesso em: 24/05/2020.

⁴⁹ A análise para a tecnologia 4G é feita para os anos de 2014 à 2019 por não possuir dados disponíveis para os anos anteriores, visto que o serviço teve início no Brasil em 2013 (TELES, Giovana. Tecnologia 4G chega ao Brasil. Brasília. **Portal G1.** Brasília, 16 mar. 2013. Disponível em: <https://glo.bo/2MmkkKq>. Acesso em: 22/11/2019.

⁵⁰ É importante ressaltar que o mercado de dados móveis neste trabalho consiste nas tecnologias 3G e 4G e a *proxy* para estimar as participações nesses serviços é o número de acessos.

Com relação ao serviço de oferta da tecnologia 3G, a empresa Claro tem um *market share* superior as outras empresas atuantes (Tabela 5).

Tabela 5 – *Market Share* de acesso ao 3G das empresas no Brasil, em (%) entre 2011 e 2019

Anos	Vivo	Claro	Tim	Oi	Outras
2011	32,94	41,85	21,34	3,40	0,47
2012	25,80	41,30	23,40	8,90	0,60
2013	23,49	38,61	24,89	12,17	0,84
2014	25,04	34,29	25,91	13,35	1,41
2015	24,14	31,93	25,14	16,98	1,81
2016	24,66	31,98	24,74	16,37	2,25
2017	24,94	32,97	22,79	15,86	3,45
2018	26,58	33,91	21,54	15,83	2,14
2019	27,10	40,21	19,62	11,72	1,35

Fonte: Elaborada pelas autoras a partir dos dados da TELEBRASIL (2017b) e TELECO (2020e).

Quanto ao *market share* para a tecnologia 4G, a Vivo tem uma parcela maior no mercado, seguido da Tim, Claro e Oi, respectivamente, como demonstrado na Tabela 6.

Tabela 6 – *Market Share* de acessos ao 4G, em (%) no Brasil entre 2014 e 2019

Anos	Vivo	Claro	Tim	Oi	Nextel	Outras
2014	38,87	19,92	30,29	8,01	2,90	0,01
2015	37,55	17,50	27,94	13,79	3,22	0,00
2016	35,65	19,31	28,06	15,16	1,82	0,00
2017	33,58	22,22	26,96	15,97	1,10	0,16
2018	31,26	23,11	26,56	16,43	2,45	0,20
2019	31,77	23,35	25,39	16,15	2,18	0,77

Fonte: Elaborada pelas autoras a partir dos dados da TELECO (2020f).

No que diz respeito aos indicadores da concentração neste mercado, no que se refere ao serviço de voz, as quatro maiores empresas fornecem mais de 99% nos três anos iniciais e nos anos seguintes varia no intervalo entre 97,19% e 98,91% da produção do serviço de voz da indústria. Os resultados encontrados para o 3G com base no índice CR indicam que as quatro empresas produziram entre 97,75% até 99,53% da indústria nos anos analisados. Essa queda do índice entre os anos de 2011 e 2019 pode estar ligada ao fato que as empresas mudaram seu

foco e investimentos para a nova tecnologia que passaria a atuar no país, no caso, o 4G. Para o 4G, o CR_4 aponta que as quatro maiores empresas são responsáveis por um intervalo de 96,66% à 98,73% da indústria, como demonstrado na Tabela 7.

Tabela 7 – Resultado do CR_4 (%) para o serviço de voz, 3G e 4G no Brasil nos anos de 2011 a 2019

Anos	CR_4 (Voz)	CR_4 (3G)	CR_4 (4G)
2011	99,71	99,53	-
2012	99,69	99,40	-
2013	99,44	99,16	-
2014	98,91	98,59	97,09
2015	98,34	98,19	96,78
2016	98,13	97,75	98,18
2017	97,91	96,56	98,73
2018	97,38	97,86	97,36
2019	97,19	98,65	96,66

Fonte: Elaborada pelas autoras baseado nos dados da TELEBRASIL (2017a, 2017b) e TELECO (2020d, 2020e, 2020f).

Com relação ao Índice de Herfindahl Hirschman (HHI), o serviço de voz é caracterizado como altamente concentrado nos anos de 2011 até 2014, e também nos anos 2017 e 2019, ao passo que nos demais anos analisados tal serviço apresenta concentração moderada. Os serviços 3G e 4G aparecem altamente concentrados em quase todos os anos discutidos, exceto no ano de 2017 para o serviço 3G e, nos anos de 2018 e 2019 para o 4G, quando ambos apresentaram concentração moderada, como demonstrado na Tabela 8.

Tabela 8 - Índice de Herfindahl Hirschman (HHI) para o serviço de voz e para o uso de dados com 3G e 4G no Brasil entre os anos de 2011 e 2019

Anos	HHI (Voz)	HHI (3G)	HHI (4G)
2011	2547,01	3303,64	-
2012	2543,08	2998,46	-
2013	2530,82	2810,83	-
2014	2509,21	2654,34	2897,74
2015	2471,49	2525,88	2697,43
2016	2496,73	2515,94	2664,30

2017	2515,74	2491,85	2604,46
2018	2495,05	2575,52	2492,68
2019	2505,61	2875,38	2465,37

Fonte: Elaborada pelas autoras baseado nos dados da TELEBRASIL (2017a, 2017b) e TELECO (2020d, 2020e, 2020f).

Em relação ao índice de instabilidade, o mercado se apresenta próximo da instabilidade mínima, ou seja, próximo de zero para todos os serviços analisados como apresentado na Tabela 9.

Tabela 9 – Índice de instabilidade para os serviços de voz, 3G e 4G

Anos	I (Voz)	I (3G)	I (4G)
2012	0,0047	0,0770	-
2013	0,0087	0,0500	-
2014	0,0053	0,0432	-
2015	0,0133	0,0403	0,0610
2016	0,0232	0,0101	0,0330
2017	0,0199	0,0246	0,0388
2018	0,0075	0,0258	0,0173
2019	0,0198	0,0682	0,0152

Fonte: Elaborada pelas autoras baseado nos dados da TELEBRASIL (2017a, 2017b) e TELECO (2020d, 2020e, 2020f).

A concentração do mercado brasileiro de telefonia móvel é resultado de um processo que vem desde a época da privatização, que partia da premissa de que ocorreria um maior incentivo à competição entre as empresas gerando um benefício ao consumidor, através da concorrência por melhores preços. Porém, as empresas adotaram como estratégia um processo de fusão e aquisição, que acarretou em um processo de oligopolização das telecomunicações. Além disso, verifica-se pelo índice de instabilidade que as empresas não têm grande variação de parcela de mercado, de modo que as incumbentes conseguem ter poder mesmo com novas empresas no setor (MIELKE, 2016)⁵¹. Dito isso, na sessão seguinte serão apresentadas as considerações finais do artigo.

5. Considerações Finais

⁵¹ MIELKE, Ana Claudia. Concentração das telecomunicações no Brasil e as ameaças de desregulação do setor. **Observacom**. Montevideo, 20 nov. 2016.

O objetivo deste artigo foi analisar a concentração do mercado no setor de telecomunicações, mais especificamente no setor de telefonia móvel, entre os anos de 2011 e 2019. Para tanto, foram calculados os índices de concentração de mercado e o índice de instabilidade, visando contribuir com a literatura evidenciando um cenário de como se encontra a natureza da competição do serviço de voz e internet móvel no Brasil. A partir disso, concluiu-se que o serviço de voz é caracterizado como altamente concentrado entre 2011 e 2014 e nos anos de 2017 e 2019, mas apresentou concentração moderada nos demais anos analisados. Os serviços 3G e 4G aparecem altamente concentrados em quase todos os anos discutidos, exceto no ano de 2017 para o serviço 3G e, nos anos de 2018 e 2019 para o 4G, quando ambos apresentaram concentração moderada. Por fim, em relação a instabilidade, o setor é caracterizado como estável, apresentando resultados próximos da instabilidade mínima.

A inserção de novas tecnologias em aparelhos moveis impulsiona as empresas a investir cada vez mais em serviços ligados a dados e o que era para ser o principal serviço, o de voz, fica como um serviço complementar entre as opções que o consumidor tem disponíveis no setor de telefonia móvel. A partir disso, o fato de tal aparelho oferecer vários serviços de telecomunicações encerra a barreira entre a telecomunicação e a internet.

O fim das barreiras entre os meios de comunicações com a fusão deles em apenas um aparelho faz destacar o papel dos órgãos responsáveis pelo setor e pela concorrência, ANATEL e CADE respectivamente, que asseguram ao consumidor que estes serviços atendam a demanda com um preço justo e acessível, além de garantir que o serviço seja de qualidade.

Como sugestão para estudos futuros indica-se uma análise em relação aos acordos de compartilhamento de estrutura e, pesquisas mais profundas em relação aos serviços de *Mobile Virtual Network Operator* (MVNO) e as redes de Serviço Móvel Especializado (SME), que têm como característica o alto nível tecnológico. No caso do serviço de SME, deixa-se como sugestão uma análise do impacto da disponibilização deste serviço para as pessoas físicas, dada sua semelhança com o serviço de voz, o que possibilitaria mais uma opção de escolha para o consumidor.

Agradecimentos

Gostaríamos de agradecer a Paulo Mourão Filho, Vinícius Assis e Eric Phelipe, que nos ajudaram a melhorar o artigo.

Referências

4G: 4ª Geração de Celular no Brasil. **Teleco**. São Paulo, 21 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/305OiKT>. Acesso em: 24/05/2020.

4G (LTE) no Brasil. **Teleco**. São Paulo, 14 maio 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/2MpfgoY>. Acesso em: 24/05/2020.

ÁREAS e cidades atendidas. **Sercomtel**. Londrina, [2020].

BERTOLIN, Aline. A regulação de telecomunicações no Brasil: Desafio aos direitos econômicos fundamentais. **Democracia, Direito & Cidadania**, Uberaba, v. 1, n. 1, 2010.

BOTTESELLI, Ettore. Delimitação de mercado relevante: Produtos diferenciados, análise quantitativa e qualitativa. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 1, n. 5, p. 487–501, 2015.

BRAGANÇA, Gabriel Godofredo Fiuza de. A Remuneração de Redes nas Telecomunicações e a Nova Orientação a Custos: Avaliação e Perspectivas para a Telefonia Fixa Brasileira. Rio de Janeiro: **IPEA**, 2005. (Texto para discussão, 1104).

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Análise dos mercados relevantes**. Brasília: ANATEL, 2012.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Mapa da Telefonia Móvel no País por Tecnologia (2G, 3G e 4G)**. Brasília: ANATEL, 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Painéis de Dados – Acessos - Panorama**. Brasília: ANATEL, [2020]. Disponível em: <https://bit.ly/2Xpz15N>. Acesso em: 25/06/2020.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Panorama Setorial de Telecomunicações**: dezembro/2019. Brasília: ANATEL, 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Relatório de Acompanhamento do setor de telecomunicações**: Serviço móvel pessoal (SMP). Brasília: ANATEL, 2016.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Relatórios Consolidados - Indicadores de 1992 a 1996**. Brasília: ANATEL, 2015.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Relatórios Consolidados - Indicadores de 2007 a 2011**. Brasília: ANATEL, 2015a.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). **Saiba como reclamar de sua prestadora**. Brasília: ANATEL, 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Cade aprova compra da Nextel pela Claro sem restrições**. Brasília, 11 dez. 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/36UH25T>. Acesso em: 02/06/2020.

BRASIL. Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001. Expede o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF nº 158-E, 17 de ago. 2001, Seção 1, p. 12 a 15.

CABRAL, Luis. **Economia Industrial**. Lisboa: McGraw-Hill, 1994.

CENTRO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO EM TELECOMUNICAÇÕES (CPqD). **Telecomunicações**: nota técnica setorial referenciada no território. Campinas: CPqD, 2006.

A CLARO vai ultrapassar a TIM no pré pago? **Teleco**. São Paulo, 20 jan. 2018.

COBERTURA 3G. **Teleco**. São Paulo, 7 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2TZVpAI>. Acesso em: 24/05/2020.

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS (DEE). **Delimitação de Mercado Relevante**. Brasília: DEE, 2010.

ERBS. **Teleco**. São Paulo, 17 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2U7Iw7U>. Acesso em: 24/05/2020.

FERREIRA, Pedro Cavalcanti Gomes; MALLIAGROS, Thomas Georges. Investimentos, fontes de financiamento e evolução do setor de infra-estrutura no Brasil: 1950-1996. **Ensaios Econômicos**, Rio de Janeiro, n. 346, 1999.

GRUBER, Harald; VERBOVEN, Frank. The diffusion of mobile telecommunications services in the European Union. **European Economic Review**, [S.l.], v. 45, n. 3, p. 577–588, 2001.

GUTIERREZ, Luis H; BERG, Sanford. Telecommunications liberalization and regulatory governance: lessons from Latin America. **Telecommunications Policy**, [S.l.], v. 24, p. 865–884, 2000.

HENTEN, Anders; FALCH, Morten; TADAYONI, Reza. New trends in telecommunication innovation. **Communications & Strategies**, [S.l.], v. 54, n. 2, p. 131-158, 2004.

LAM, Pun-Lee; SHIU, Alice. Economic growth, telecommunications development and productivity growth of the telecommunications sector: Evidence around the world. **Telecommunications Policy**, [S.l.], v. 34, n. 4, p. 185–199, 2010.

LOURAL, Claudio de Almeida; LEAL, Rodrigo Lima Verde. **Desafios e oportunidades do setor de telecomunicações no Brasil**. Brasília: CEPAL-IPEA, 2010. (Texto para Discussão, 27).

MARKET Share de acessos 3G das operadoras de Celular. **Teleco**. São Paulo, 14 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3drQwYN>. Acesso em: 24/05/2020.

MARKET Share das Operadoras de Celular no Brasil. **Teleco**. São Paulo, 29 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3cu3PXk>. Acesso em: 24/05/2020.

MIELKE, Ana Cláudia. Concentração das telecomunicações no Brasil e as ameaças de desregulação do setor. **Observacom**. Montevideo, 20 nov. 2016.

MIRANDA, Pedro; KUME, Honorio; PIANI, Guida. **Liberalização do comércio de serviços: o caso do setor de telecomunicações no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2011. (Texto para Discussão, 1599).

MOCELIN, Daniel Gustavo. Tecnologia, competitividade e regulação: A estruturação do mercado das telecomunicações no Brasil. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, 15., 2011, Curitiba. **Anais [...]**. Curitiba: Sociedade Brasileira de Sociologia, 2011.

MVNO em operação no Brasil. **Teleco**. São Paulo, 14 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/30edzCX>. Acesso em: 22/05/2020.

NERIS JR., Celso; FUCIDJI, José Ricardo; GOMES, Rogério. Trajetórias tecnológicas da indústria de telefonia móvel: um exame prospectivo de tecnologias emergentes. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 23, n. 2, p. 395–431, 2014.

OLIVEIRA, Artur Coimbra de. O papel do órgão regulador na resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações: a arbitragem e a mediação à luz das experiências japonesa, inglesa e americana. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 1, n. 1, 2009.

ONDE estamos. **Algar Telecom**. Uberlândia, [2020].

OPERADORAS de Celular no Brasil. **Teleco**. São Paulo, 6 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2XXmBRE>. Acesso em: 21/05/2020.

PIRES, José Cláudio Linhares. **Políticas regulatórias no setor de telecomunicações: a experiência internacional e o caso brasileiro**. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 1999. (Texto para Discussão, 71).

O QUE é um MVNO? **Teleco**. São Paulo, 23 mar. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2XYvWZP>. Acesso em: 24/05/2020.

SERVIÇO Móvel Especializado (Trunking). **Teleco**. São Paulo, 17 jan. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3gOeFek>. Acesso em: 24/05/2020.

SOUZA, Marcos Antônio; ZAMBON, Edson Pedro; PINHEIRO, Gilson Elias Neves. Tecnologia 3G como Determinante de Custos: estudo em uma operadora de telefonia móvel. **Contabilidade, Gestão e Governança**, Brasília, v. 18, n. 2, p. 27-44, 2015.

TELEBRASIL. **Consulta à Base de Dados – Relatórios Séries Temporais Customizados Estação Rádio Base (ERBs) do SMP (celular)**. Rio de Janeiro: Telebrasil, 2018.

TELEBRASIL. **Consulta à Base de Dados – Relatórios Séries Temporais Customizados Market Share de SMP (Celular) por Prestadora**. Rio de Janeiro: Telebrasil, 2017a.

TELEBRASIL. **Consulta à Base de Dados – Relatórios Séries Temporais Customizados Market Share do SMP (Celulares) por Tecnologia por Prestadora - 3G (WCDMA)**. Rio de Janeiro: Telebrasil, 2017b.

TELEBRASIL. **Consulta à Base de Dados – Relatórios Séries Temporais Customizados População atendida pelo SMP (Celular)**. Rio de Janeiro: Telebrasil, 2017.

TELEBRASIL. **Consulta à Base de Dados – Relatórios Séries Temporais Customizados Quantidade de Acessos de Prestadoras SMP (Celulares) e Densidade**. Rio de Janeiro: Telebrasil, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/302teoL>. Acesso em: 24/05/2020.

TELEBRASIL. **Consulta à Base de Dados – Relatórios Séries Temporais Customizados Quantidade de Acessos SMP (Celulares) por Prestadora**. Rio de Janeiro: Telebrasil, 2019.

TELES, Giovana. Tecnologia 4G chega ao Brasil. Brasília. **Portal G1**. Brasília, 16 mar. 2013. Disponível em: <https://glo.bo/2MmkkKq>. Acesso em: 22/11/2019.

TREMBLAY, Victor J.; TREMBLAY, Carol Horton. **New Perspectives on Industrial organisations**. New York: Springer, 2012.

TUROLLA, Frederico Araújo; OHIRA, Thelma Harumi; LIMA, Maria Fernanda Freire de. Concorrência, convergência e universalização no setor de telecomunicações no Brasil. **TelComp**, São Paulo, 2007.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON, Joseph E. **Economics of regulation and antitrust**. 4. ed. Massachusetts: The MIT Press, 2005.

**Interpretação e aplicação dos elementos de dosimetria da pena
do art. 45 da Lei nº 12.529/11**

*Interpreting and applying the dosimetry elements of the penalties established in the
brazilian competition law*

Daniel Silva Boson¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo verificar a possibilidade de uma interpretação coerente e sistêmica de cada um dos elementos de dosimetria do art. 45 da Lei 12.529/11, e, a partir daí, sugerir uma metodologia para o cálculo das penas aplicadas pelo Cade, à luz dos objetivos da própria lei. Embora a doutrina ainda não tenha aprofundado sobre o tema, ela destaca a dificuldade que o Conselho tem em aplicar o referido artigo. Em que pese a complexidade deixada pelo Legislador, dada a multiplicidade de elementos, por vezes de elevado grau de abstração ou de difícil estimativa, acreditamos que é possível aplicar de forma efetiva o referido artigo. Para tanto, utilizamos de pesquisa bibliográfica na literatura jurídico e econômica, bem como de pesquisa documental na jurisprudência do Conselho.

Palavras-chave: Lei de Defesa da Concorrência; Cade; Dosimetria da Pena; Análise Econômica das Penas.

ABSTRACT

This article aims to verify the possibility of a coherent and systemic interpretation of each of the elements of dosimetry in art. 45 of Law 12.529/11, and suggest a methodology for calculating the penalties applied by Cade, in light of the objectives of the law itself. Although the doctrine has not yet delved into the topic, it highlights the difficulty for the Council applying the aforementioned article. In spite of the complexity left by the Legislator, given the multiplicity of elements, sometimes with a high degree of abstraction or difficult to estimate, we believe that it is possible to apply these elements effectively. For this, we use bibliographic research in the legal and economic literature, as well as documentary research in the Council's jurisprudence.

Keywords: Competition Law; Cade; Dosimetry of Penalty; Economic Analysis of Penalties.

¹ Doutor em Direito pelo UniCEUB, com distinção. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Administração de Empresas e em Defesa da Concorrência, ambas pela FGV. Gestor Público Federal (EPPGG) prestando assessoria jurídico-econômica no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ex-Professor de Economia e de Direito Econômico na Fortium e no UniCEUB. Foi Analista de Finanças e Controle (AFC) da Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda. E-mail: danielboson@hotmail.com.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Interpretação dos Elementos Legais de Dosimetria das Penas. 2.1. Elementos Subjetivos. 2.1.1. Gravidade da Infração (inciso I). 2.1.2. Boa-Fé do Infrator (inciso II). 2.1.3. Vantagem Auferida ou Pretendida (inciso III). 2.1.4. Situação Econômica do Infrator (inciso VII). 2.1.5. Reincidência (inciso VIII). 2.2. Elementos Objetivos. 2.2.1. Consumação ou não da infração (inciso IV). 2.2.2. Grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros (inciso V). 2.2.3. Efeitos Econômicos Negativos no Mercado (inciso VI). 3. Aplicação Coerente dos Elementos Legais de Dosimetria da Pena. 4. Conclusões. Referências.

1. Introdução

O tema da dosimetria da pena é um dos pontos mais sensíveis da análise sobre infrações concorrenciais, tendo em vista que são as sanções os principais instrumentos à disposição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) para o *enforcement* da lei concorrencial². Contudo, o tema ainda foi pouco analisado quando comparado, por exemplo, a infrações, e ainda há divergências em sua aplicação, inclusive, por exemplo, se caberia ou não um guia de dosimetria (PRESIDENTE, 2015)³. O problema a ser desenvolvido é como interpretar e aplicar, de forma coerente, os 8 elementos do art. 45 da Lei nº 12.529/11, quais sejam:

Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:
 I - a gravidade da infração;
 II - a boa-fé do infrator;
 III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
 IV - a consumação ou não da infração;
 V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;
 VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;
 VII - a situação econômica do infrator; e
 VIII - a reincidência (BRASIL, 2011)⁴.

² Lei concorrencial e antitruste serão tratados como sinônimos neste artigo.

³ PRESIDENTE do Cade destaca falta de critérios para dosimetria de pena. **Migalhas**, 27 ago. 2015. Em entrevista, ainda no ano de 2015, o ex-presidente do CADE ressaltou a importância de uma regulamentação específica sobre dosimetria da pena.

⁴ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

Como pode ser visto, são pelo menos 15 variáveis, a depender de como considerá-las, sendo que apenas o inciso V traz 8, sendo visível que há aparentes sobreposições entre elas. Contudo, em que pese a dificuldade hermenêutica, são esses elementos que o Legislador determinou que fossem utilizados pelo Tribunal para dosar as penas, o que deve ser realizado de forma coerente.

Para tanto, ressaltamos dois pontos que devem ser observados. Para a aplicação do artigo, (i) deve-se considerar os valores da lei e (ii) cada elemento de dosimetria deve representar um critério claro, aplicável, e não coincidente com outros. Acreditamos que o primeiro ponto é mais fácil de ser alcançado, enquanto o segundo exige um esforço hermenêutico mais sofisticado.

No que tange a valores, o art. 1º da lei concorrencial⁵ dispõe sobre a observância dos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Se considerado que as sanções são instrumentais para o alcance desses valores, é incoerente não fixar também as penas à luz do que se pretende alcançar.

Contudo, por se tratar de valores com elevado grau de abstração, em linhas gerais há um certo consenso de que o Conselho, na análise dos processos, deve fazer uma análise de custo benefício para a sociedade e, em especial, considerar os interesses dos consumidores. Nesse sentido, Pereira Neto e Casagrande (2016)⁶ ressaltam que a maioria dos economistas defende que as normas concorrenciais deveriam ser aplicadas de forma a promover o maior bem-estar total possível, mas explicam que esse posicionamento não seria seguido pela maioria dos países, inclusive o Brasil, que adotariam o bem-estar do consumidor como principal critério normativo.

⁵ “Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.” BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

⁶ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial:** doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016.

De fato, quando se analisa, por exemplo, o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal (BRASIL, 2016)⁷, ele segue exatamente essa linha (JASPER, 2019)⁸.

Assim, partiremos do pressuposto que, em termos práticos, a aplicação da lei, inclusive no tocante à dosimetria da pena, deve considerar uma diretriz pela melhoria da eficiência dos mercados e o bem-estar do consumidor. Em outras palavras, o Direito Concorrencial é instrumental para o alcance desses objetivos, de forma que a preocupação com os efeitos da interpretação e aplicação da norma é relevante. Com isso, não se trata apenas de uma interpretação jurídica, mas também seria necessário utilizar da ciência econômica, adotada no Direito Concorrencial de forma ampla, também na dosimetria da pena, a fim de justificar as sanções com base nos objetivos que se pretende alcançar.

Aceito esse pressuposto, passa-se ao segundo ponto, que é mais complexo. A pergunta é como interpretar e aplicar cada um dos elementos de dosimetria do art. 45 da lei concorrencial de modo que cada um represente um critério distinto e claro para a dosimetria, com criação de incentivos adequados ao objetivo de aumento de bem-estar da sociedade⁹, e que haja uma aplicação coerente entre eles. Em nosso entendimento, esses seriam os pontos que necessariamente deveriam ser observados:

- a) todos os elementos do art. 45 devem ser considerados, conforme previsto no próprio *caput* do artigo, a menos que não seja possível ou seja excessivamente custoso;
- b) deve haver coerência na aplicação dos diferentes elementos legais, não podendo haver sobreposição de definição, de modo que não haja diferentes elementos avaliados por um mesmo critério;
- c) cada elemento deve se relacionar a um critério que seja passível de aferição e avaliação, de modo a garantir maior transparência e efetividade na sua aplicação;

⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília: CADE, 2016.

⁸ A jurisprudência do Cade não é clara sobre os objetivos. JASPER, Eric Hadmann. Paradoxo tropical: a finalidade do Direito Concorrencial no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 7, n. 2, p. 171-189, nov./2019.

⁹ Um exemplo de metodologia que ilustra uma despreocupação com os efeitos ocorreu na dosimetria da pena no caso do cartel dos vergalhões (PA n° 08012.004086/2000-21), no qual o CADE aplicou a multa-base mínima de 1% e, para cada elemento legal, em que se entendeu ter configurado um agravante, adicionou-se 1%. Essa metodologia, embora simples, e em uma visão mais míope do direito, satisfatória, é bastante criticável de um ponto de vista econômico. Isso porque cada elemento legal tem sua função e a forma como cada um é ponderado na fixação da pena tem efeitos concretos nos incentivos dos agentes econômicos.

- d) cada elemento deve se relacionar a um critério que esteja alinhado aos objetivos da lei concorrencial, gerando efeitos positivos para que o Conselho alcance seus objetivos legais;
- e) os critérios relacionados a cada elemento devem ser aplicáveis a diferentes tipos de infrações contra a ordem econômica.

Considerados esses pontos, acreditamos que é possível apresentar critérios objetivos e coerentes, que efetivamente sirvam para o diagnóstico da infração e do infrator, para que então o CADE escolha os remédios, e as respectivas doses, mais adequados ao caso concreto. Como dito, não é qualquer sanção aplicada em qualquer dose que seria adequada, tendo em vista a determinação do legislador de utilizar todos esses elementos para alcançar os objetivos legais.

Para tanto, adotamos como metodologia uma pesquisa bibliográfica e documental. Em relação à primeira, a literatura jurídica se faz necessária por se tratar de lei, enquanto a econômica permite uma análise sobre os efeitos práticos dos elementos de dosimetria. Já quanto à pesquisa documental, referente à jurisprudência do Conselho, trata-se do próprio objeto para o qual o presente artigo se propõe a sugerir melhorias.

Dito isso, o presente trabalho é dividido em 4 partes, incluindo esta introdução. Na segunda seção são apresentadas interpretações dos 8 elementos do art. 45 da lei concorrencial, de modo que atendessem aos critérios propostos. Na terceira seção, é mostrado um exemplo de como seria possível uma aplicação conjunta deles de forma coerente. Por fim, são apresentadas as conclusões do trabalho.

2. Interpretação dos Elementos Legais de Dosimetria das Penas

O tema da dosimetria da pena ainda é muito pouco explorado na doutrina concorrencial brasileira. Martinez (2013)¹⁰ ressalta que os critérios estabelecidos pela lei são gerais, de modo que seria recomendável que o CADE emitisse resolução com os parâmetros específicos de dosimetria para o cálculo das multas, como feito por outras agências. Santos (2016)¹¹ segue o mesmo entendimento, destacando que não há critérios pré-definidos e sugerindo algum guia.

¹⁰ MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis**: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013.

¹¹ SANTOS, Flávia Chiquito dos. **Aplicação de Penas na Repressão a Cartéis**: uma análise da jurisprudência do CADE. São Paulo: Lumem Juris, 2016.

Gilberto (2008)¹², por sua vez, destaca que nem sempre o CADE considera todos os elementos legais na definição da penalidade, e que, no caso de sanções pecuniárias, haveria uma tendência do órgão em utilizar tais elementos para majoração do valor fixado.

Já Valladares (2013)¹³ apresentou um estudo específico sobre dosimetria da pena, comparando a realizada no Brasil, que estaria longe de ser cristalina, com a praticada nos EUA e Europa, concluindo que a legislação americana seria a que definiria melhor os parâmetros e os guias ao processo dosimétrico. Oliveira e Rodas (2013)¹⁴, por seu turno, apresentam apenas duas conclusões, uma de que a enumeração do art. 45, ao que tudo indicaria, seria *numerus clausus*, e não meramente exemplificativa, e que esse artigo teria traçado amplos parâmetros para guiar o julgador, mas ele não teria sido ainda regulamentado. Por fim, Pereira Neto e Casagrande (2016)¹⁵ apenas destacam que, à exceção da reincidência, a qual implicaria duplicação da pena imposta, os demais critérios teriam um caráter mais subjetivo e deveriam ser articulados individual e explicitamente na motivação da decisão do Tribunal.

Conclui-se, pois, que os elementos de dosimetria do art. 45 da Lei nº 12.529/11 (BRASIL, 2011)¹⁶ não foram ainda trabalhados de forma aprofundada pela doutrina concorrencial brasileira, em que pese a relevância do tema para o *enforcement* da lei e para o devido funcionamento da ordem econômica. Com isso, esse artigo visa ao aprofundamento desse debate e à melhoria do processo de dosimetria da pena.

Passando à análise dos elementos legais, verificamos que eles poderiam ser divididos em duas categorias, uma relacionada ao infrator, abrangendo os elementos subjetivos, e a outra relacionada aos efeitos para a sociedade, englobando os elementos objetivos. Gilberto também apresenta duas categorias, conforme se segue:

¹² GILBERTO, André Marques. 2008. **O Processo Antitruste Sancionador**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

¹³ VALLADARES, Hugo Emmanuel D. Gonçalves. Dosimetria da pena de multa em cartéis no âmbito do Cade. Dificuldades e perspectivas comparadas aos EUA e à Comissão Europeia. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 45-73, 2013.

¹⁴ OLIVEIRA, Gesner de; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁵ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

Os critérios de gradação da sanção antitruste podem ser divididos em dois grupos; o primeiro inclui fatores específicos relacionados à figura do infrator: a situação econômica, se é reincidente e se, mesmo praticando a conduta contrária aos dispositivos da Lei Antitruste, estava agindo de 'boa-fé'. Um segundo grupo de critérios analisa os efeitos produzidos pela prática em questão; incluem-se aí a gravidade da infração, se a mesma foi consumada ou não, o grau de risco por ela apresentado, os efeitos gerados ao mercado e a vantagem pretendida pelo infrator (GILBERTO, 2008, p. 245)¹⁷.

Em relação a essa classificação, apresentamos algumas divergências. Primeiro, entendemos que a vantagem auferida ou pretendida é um elemento relacionado à figura do infrator e não aos efeitos. Segundo, em relação à gravidade da infração, como será argumentado posteriormente, considerando uma análise sistêmica do artigo e a importância prática de se considerar a intensidade de participação do condenado na infração, como a questão da liderança, o que inclusive já vem sendo considerado na jurisprudência do CADE, entendemos que a interpretação mais adequada é considerá-lo de um ponto de vista subjetivo.

Dessa forma, apresentamos outra classificação dos elementos de dosimetria, baseada em elementos subjetivos e objetivos:

- a. Elementos subjetivos: gravidade da infração (inciso I); boa-fé do infrator (inciso II); vantagem auferida ou pretendida pelo infrator (inciso III); situação econômica do infrator (inciso VII); e reincidência (inciso VIII).
- b. Elementos objetivos: consumação ou não da infração (inciso IV); grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros (inciso V); e efeitos econômicos negativos produzidos no mercado (inciso VI).

Essa classificação, a ser justificada ao longo do artigo, também se relaciona com alguns objetivos intermediários que poderiam ser alcançados com as penas e que seriam úteis para o alcance de seu objetivo mais geral. Um deles é incentivar a redução dos danos pelo próprio infrator, ainda que ele opte por cometer a infração. Outro é desincentivar a liderança, o que pode dificultar a ocorrência de ilícitos coordenados. É também possível incentivar o infrator a não buscar ocultar a conduta ou fazer com que ele coopere com as autoridades. Outro objetivo é evitar que a oferta de produtos ou serviços venha a ser prejudicada em função de condenações.

¹⁷ GILBERTO, André Marques. 2008. **O Processo Antitruste Sancionador**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

Para que esses objetivos possam ser alcançados, é necessária uma análise econômica, para tentar prever o comportamento dos agentes frente aos incentivos, de modo que as penas possam ser aplicadas de forma instrumental. Para tanto, os objetivos devem ser claros e os critérios, a serem considerados na interpretação de cada elemento legal de dosimetria, verificáveis. Disso isso, passa-se à análise dos elementos legais, iniciando-se pelos subjetivos.

2.1. Elementos Subjetivos

2.1.1. Gravidade da Infração (inciso I)

Considerando que há elementos relacionados a outros fatores relevantes para a dosimetria da pena, a gravidade da infração deveria estar relacionada à gravidade da participação individualizada do condenado na conduta, e não ao tipo infrativo. Nessa linha, em condutas coordenadas, a liderança poderia ser considerada uma agravante¹⁸, enquanto participações muito limitadas poderiam ser consideradas como atenuantes da pena. Já participações ordinárias em infrações coordenadas ou condutas unilaterais não teriam a penas impactadas por esse elemento.

A justificativa econômica para essa classificação é que, se refletida na severidade da pena, criaria um incentivo para que cada empresa, ainda que entendesse vantajoso participar da conduta, não quisesse assumir o ônus da liderança, o que poderia desestruturar eventual acordo entre concorrentes. No mesmo sentido, ainda que já houvesse um líder, as empresas teriam incentivos para participar o mínimo possível da conduta, o que igualmente dificultaria a formação e a manutenção do ilícito. Essa estrutura de incentivos é retratada utilizando-se um modelo conhecido por Dilema do Prisioneiro, clássico na teoria dos jogos¹⁹. Por esse modelo, os interesses privados das partes fazem com que o resultado do jogo seja “sub-ótimo” para eles, dada a ausência de contrato (MASCHLER; SOLAN; ZAMIR, 2013)²⁰.

¹⁸ De forma comparativa, note-se que, embora não conste no Código Penal o termo liderança, o seu art. 62, incisos I e II, prevê agravamento da pena para quem atua de forma mais relevante na conduta.

¹⁹ O modelo do dilema do prisioneiro refere-se a dois indivíduos que cometem um crime e são apreendidos. Dada a insuficiência de provas, o promotor oferece a ambos, que não têm contato entre si, um prêmio pela confissão, mas isso prejudicaria o parceiro, por isso o dilema.

²⁰ MASCHLER, Michael; SOLAN, Eilon; ZAMIR, Shmuel. **Game Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Um potencial questionamento para essa interpretação seria se gravidade da conduta, em uma interpretação literal, não estaria relacionada aos efeitos da conduta em si, ao invés da relação com o nível individual de participação. Em nosso entendimento, há pelo menos três argumentos para contestar essa conclusão.

O primeiro, de ordem prática, foi explicado, tendo em vista os efeitos benéficos de se considerar a intensidade da participação como elemento de dosimetria. O segundo argumento, referente à norma, subdivide-se em dois argumentos secundários, quais sejam, a interpretação proposta é igualmente válida de um ponto de vista literal, bem como já há outros elementos que estariam mais relacionados à infração em si. Além desses argumentos de ordem prática e legal, o terceiro é que o CADE já reconhece a importância do nível de participação na conduta, ainda que não haja clareza na relação desse critério com um elemento legal específico²¹.

Por fim, para aferir o nível de participação de cada agente, deve-se analisar o *modus operandi* das condenadas ao longo da conduta, o que inclusive já serviu de variável para explicar a gravidade da infração, como no caso do cartel de postos de Uberlândia (PA n° 08700.000649/2013-78). Há uma variedade de ações que poderiam caracterizar esse elemento legal, incluindo táticas intimidatórias, organização de tumultos, organização de um sistema de controle, indução a descredenciamento coletivo, entre outros.

O relevante, em nosso entendimento, é reconhecer a importância da gravidade da conduta de cada representado de forma distinta, por meio do nível de sua participação no ilícito. Com isso, cria-se um maior desincentivo individual à participação nas condutas coordenadas.

2.1.2. Boa-Fé do Infrator (inciso II)

No dicionário jurídico (GUIMARÃES, 2008)²², boa-fé tem o significado de honestidade, confiança, lealdade, sendo um conceito ético que se define como o entendimento de não prejudicar outras pessoas. Ela se dividiria em objetiva e subjetiva, sendo que a primeira imporá às partes comportamentos que, mesmo não previstos nos contratos, seriam necessários

²¹ No cartel do frete aéreo, por exemplo, a Alitalia teve uma redução da pena em função de sua participação limitada (PA n° 08012.011027/2006-02).

²² GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

e precisariam ser obedecidos, enquanto a segunda seria considerada um estado de consciência, como o conhecimento e o desconhecimento de uma situação, sendo que nela se considera que o sujeito ignora o caráter ilícito de seu ato (NADER, 2013)²³.

A boa-fé é um conceito mais comum no Direito civil, sendo pouco usual nos ramos jurídicos sancionadores. No entanto, há um conceito próximo, bastante utilizado na aplicação de penalidades, que é o de culpabilidade. Segundo Mirabete e Fabbrini (2014)²⁴, uma conduta só seria reprovável, ou seja, só haveria culpabilidade, se o autor tivesse podido agir de acordo com a norma. Nessa análise, teria que se verificar os elementos de culpabilidade do agente, quais sejam, a imputabilidade²⁵, a possibilidade de conhecimento da ilicitude²⁶ e a exigibilidade de conduta diversa²⁷.

No Direito Concorrencial, o não conhecimento da ilicitude seria o elemento potencialmente mais recorrente, visto que muitas condutas dependem de uma análise econômica para verificar se os seus efeitos líquidos são ou não negativos para a sociedade, sendo que essa análise pode não ser trivial mesmo para especialistas. Além disso, trata-se de um ramo do Direito diferenciado, que muitos ignoram e que podem cometer infrações por desconhecimento.

²³ A boa-fé subjetiva estaria relacionada à convicção que o agente possuiria de estar agindo segundo os princípios de lealdade e as regras de Direito, enquanto a boa-fé objetiva seria a exigência de que as partes convencionem entre si conforme aqueles princípios e regras. O autor ainda destaca que o conceito de boa-fé, no Direito Civil, teria grande importância prática, mas implicitamente mostra a dificuldade na sua aplicação, defendendo seu uso com prudência, mas sem explicar como se daria essa prudência. NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: parte geral - vol. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

²⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁵ A imputabilidade seria a capacidade psíquica do agente, isto é, a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere a ele a capacidade de entender o caráter ilícito da conduta. No Direito Concorrencial, aparentemente não há discussões sobre imputabilidade.

²⁶ A possibilidade de conhecimento da ilicitude estaria relacionada à capacidade de o agente conhecer, mediante algum esforço de consciência, a antijuridicidade do ato.

²⁷ Exigibilidade de conduta diversa envolve erro sobre a ilicitude bem como se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, de forma que só seria punível o autor da coação ou da ordem. Em um ilícito concorrencial, eventualmente o subalterno poderia ser isento de pena, verificando-se a condenação apenas do dirigente e/ou da empresa.

O que se verifica é que, em geral, há uma dificuldade probatória para a diferenciação entre boa-fé e má-fé²⁸, visto que, salvo em alguns casos, como confissão (CAPEZ, 2016)²⁹ ou disponibilidade de provas, como atas de assembleias, não é possível ainda avaliar o que se passa ou se passou na mente do indivíduo³⁰. Defendemos, assim, que essa análise deve considerar a capacidade de o CADE aferir objetivamente a conduta e fazer uma avaliação igualmente mais objetiva do elemento legal, e não focar apenas em considerações subjetivas sobre intenção, em linha com Posner (1985)³¹.

Nesse sentido, entendemos que há duas formas de averiguar a boa-fé a partir do comportamento visível do agente, na ausência de outras provas: uma, pelo fato de o agente ter cometido a infração de forma pública, e outra pela colaboração no processo³². Essas duas hipóteses tendem a aumentar significativamente a probabilidade de punição, de forma que podem ser interpretadas como um forte indício de desconhecimento da ilicitude e boa-fé (LEITE, 2014)³³.

Sobre esse elemento, apresentamos dois exemplos que entendemos terem sido decisões equivocadas, que são os processos referentes aos cartéis de combustíveis nas cidades de Campinas (PA n° 08012.002911/2001-33) e Goiânia (PA n° 08012.004712/2000-89). Na

²⁸ O elemento legal de dosimetria boa-fé não deve ser confundido com a intenção prevista no *caput* do art. 36 da lei concorrencial.

²⁹ No âmbito do processual penal, a confissão é a aceitação voluntária, feita por um imputável, a respeito de fato pessoal e próprio, desfavorável e suscetível de renúncia. Hoje, contudo, ela não mais seria considerada a “rainha das provas”. CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

³⁰ Isso provavelmente explica o fato de o tema praticamente não ser considerado em análises econômicas, as quais são baseadas essencialmente no comportamento visível das pessoas.

³¹ POSNER, Richard A. An Economic Theory of the Criminal Law. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 85, n. 6, p. 1193–1231, 1985.

³² Para casos de culpa em sentido estrito de danos à concorrência, sem intenção, e portanto, provavelmente realizadas de forma pública, pode-se considerar a Fórmula de *Hand*, que sugere que o dever de cuidado seria infringido se a probabilidade de dano vezes o seu custo for maior do que o custo da precaução, por exemplo, meio de cursos de *compliance*. A lógica dessa regra é incentivar uma pessoa, por meio da ameaça de punição, a investir mais recursos na precaução do que o custo esperado do dano. Um excesso de punição, como uma multa alta no caso de infração por desconhecimento da conduta, seria ineficiente, porque induziria custos excessivos de precaução.

³³ A título informativo, no Direito Penal, nos termos do art. 21 do respectivo código, o erro inevitável sobre a ilicitude do fato isenta de pena, enquanto, se evitável, implica em diminuição de um sexto a um terço. Ocorre que, mesmo no Direito Criminal, o tema ainda é bastante controvertido. LEITE, Alaor. **Dúvida e Erro sobre a Proibição no Direito Penal**: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. Ao menos, há uma discussão nesse ramo do Direito, enquanto no Direito Concorrencial ela praticamente sequer existe.

primeira, os representados não negaram o ato e aparentemente não tentaram ocultar da mídia uma reunião que viria a ocorrer, só que o Relator entendeu que poderia se tratar de uma estratégia para conferir maior adesão pelos postos, concluindo pela ocorrência de má-fé pelos condenados. Já no processo de Goiânia, os Representados também não buscaram ocultar a prática, mas o Relator argumentou que a utilização da mídia para facilitar condutas de cartéis seria conhecida como uma *facilitating practice*, concluindo que não haveria como se imputar boa-fé à conduta do sindicato.

O incentivo perverso que essas decisões criam é fazer com que os potenciais infratores busquem camuflar as condutas, dificultando a investigação e o julgamento. Já uma decisão que entendemos mais adequada refere-se ao caso do OGMO (PA n° 08700.005326/2013-70). Nela houve uma redução, ainda que pequena, no valor da multa, dado que as Representadas haviam comunicado o ato à autoridade reguladora estadual, bem como mostraram pouca resistência na defesa da conduta.

Nosso argumento, então, é no sentido de o Cade “comprar” uma maior probabilidade de punição, por meio da redução da pena, antes ou durante o processo (CONNOR, 2007)³⁴. Isso porque, se a pena é a mesma, quem agiu de boa-fé teria um custo esperado com sanções significativamente maior, dada a maior probabilidade de punição. Considerando que a autoridade concorrencial tem interesse em conhecer os fatos, esse problema econômico poderia ser atenuado utilizando-se de incentivos econômicos.

O ajuste da sanção, por meio dessa variável, dependeria do quanto a não ocultação da conduta aumentaria a probabilidade de punição. Por exemplo, se o fato de um ilícito ser praticado de forma secreta reduz em quatro vezes a probabilidade de punição em relação a ilícitos cometidos de forma pública, em um modelo mais simples, a pena a ser aplicada no primeiro caso poderia ser quatro vezes maior, para se conseguir um mesmo nível de dissuasão.

³⁴ Essa remuneração não é fácil de calcular. Connor, por exemplo, apresenta críticas aos descontos concedidos pelo DOJ em função da cooperação do infrator, argumentando que eles seriam excessivos, o que estaria gerando uma dissuasão insuficiente. CONNOR, John M. A Critique of Cartel Fine Discounting by the U. S. Department of Justice. SSRN, Nova Iorque, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3coqvbx>. Acesso em: 15/11/16.

O problema é saber esses números, visto que, exatamente por se tratar em geral de práticas secretas, os dados para estimativa da sua frequência tendem a não serem precisos³⁵.

No Brasil, não encontramos dados sobre essa taxa de detecção e punição³⁶, e no exterior encontramos apenas dois estudos³⁷, referentes a cartel. De todo modo, de forma conservadora, os números indicam que a taxa de detecção é bastante baixa, de forma que uma conduta realizada de forma pública poderia ter uma pena multiplicada algumas vezes para se ter o mesmo nível de efeito dissuasório.

Para concluir, ante o exposto, a boa-fé poderia ser interpretada pela falta de consciência da ilicitude, o que configuraria boa-fé subjetiva. Essa questão subjetiva poderia ser averiguada, em princípio, pelo fato de a conduta ter sido realizada de forma secreta ou pública, bem como pelas ações do representado no âmbito do processo. O importante é estimar o quanto isso impactou na probabilidade de condenação, e compensar na dosimetria da pena, a fim de encontrar a sanção que gere um nível dissuasório adequado.

2.1.3. Vantagem Auferida ou Pretendida (inciso III)

Sobre esse elemento, um primeiro ponto a se destacar é que vantagem auferida é diferente de vantagem pretendida. Em princípio, quando implementada a conduta infrativa, é de se esperar que, na maioria das vezes, o infrator tenha auferido vantagem. Isso porque, em

³⁵ Outro problema apontado pela literatura da economia comportamental é a racionalidade limitada. Nesse sentido, a percepção de uma taxa de probabilidade varia entre grupos, entre integrantes de um mesmo grupo, e mesmo para a mesma pessoa ao longo do tempo. SAH, Raaj Kumar. Social Osmosis and Patterns of Crime: a dynamic economic analysis. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 99, n. 6, p. 1272–1295, 1991. Já Sunstein (2000, p. 45, tradução nossa) cita, por exemplo, o viés da disponibilidade. SUNSTEIN, Cass R. (ed.). **Behavioral Law & Economics**. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 45. Outro ponto é que quando a taxa real de detecção é baixa, pequenas diferenças em pontos percentuais nas percepções subjetivas criam um excesso ou uma escassez de efeito dissuasório. BEBCHUK, Lucian Arye; KAPLOW, Louis. Optimal Sanctions when Individuals are Imperfectly Informed about the Probability of Apprehension. **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 21, n. 2, p. 365–370, 1992.

³⁶ No Brasil, a baixa probabilidade de detecção já foi reconhecida pela Conselheira Cristiane Alkmin, no cartel do gás no Pará (PA nº 08012.002568/2005-51).

³⁷ No mercado americano, estimaram que a taxa anual de detecção de cartel foi de 13% a 17%, mas a amostra de seu estudo compreendeu o período entre 1961 e 1988, antes, portanto, do programa de leniência. BRYANT, Peter G.; ECKARD, Eedwin. Price Fixing: the probability of getting caught. **The Review of Economics and Statistics**, Cambridge, v. 73, n. 3, p. 531–536, 1991. Em relação ao mercado europeu, já se beneficiando parcialmente dos efeitos do programa de leniência, foi encontrada uma taxa anual na União Europeia entre 12,9% e 13,3%. COMBE, Emmanuel; MONNIER, Constance; LEGAL, Renault. Cartels: The Probability of Getting Caught in the European Union. **Bruges European Economic Research Papers**, Bruges, Bélgica, v. 12, 2008. Então, de forma conservadora, caso considerada uma probabilidade de punição de 20%, dever-se-ia considerar um aumento de pelo menos 5 vezes a severidade da pena, caso ela fosse calculada sobre a vantagem auferida.

certo sentido, a infração pode ser considerada como uma atividade qualquer da empresa, de modo que o agente só ingresse nela se ele vislumbra lucro. Ocorre que, como em qualquer negócio, o objetivo pode não ser alcançado e a prática pode se tornar não lucrativa.

Então, teoricamente, a vantagem é auferida quando o infrator possui sucesso no empreendimento ilícito. Por outro lado, é apenas pretendida quando esse sucesso não ocorre. É de se esperar que, quando a vantagem é auferida, a pena deveria ser maior do que quando apenas pretendida, de modo que seria relevante fazer a distinção entre ambos. Em nosso entendimento, a vantagem, quando apenas pretendida, refletiria uma tentativa, e deveria ser analisada à luz do elemento ‘consumação ou não da infração’. Desse modo, esse elemento não teria um peso na dosimetria da pena.

Então, focando na vantagem efetivamente auferida, quando o CADE concluiu que ela ocorreu, em geral ele apenas descreveu teoricamente os ganhos da conduta e/ou fez algumas considerações sobre a vantagem da infração no caso concreto, como no cartel das autoescolas de São Paulo (PA nº 08012.003873/2009-93). Ocorre que, para fins de dosimetria, é difícil encontrar uma utilidade para esse tipo de informação. Diferentemente de outros elementos, em que é possível extrair regras a partir de dados não quantificados, no caso da vantagem auferida, em princípio é necessária alguma estimativa.

Há diversas estimativas sobre a vantagem auferida no exterior (CONNOR; LANDE, 2005; BOLOTOVA, 2009)³⁸, focadas principalmente em cartéis, mas também no Brasil (LUCINDA; SEIXAS, 2016)³⁹. Quanto ao Cade, a partir do ano de 2016 houve intensos debates sobre a utilização do cálculo da vantagem auferida nos casos concretos⁴⁰. Em síntese, o

³⁸ No plano internacional, estimou-se a mediana de 25% no aumento de preço, mas, se considerados apenas os cartéis bem-sucedidos, ela teria alcançado 28-29%. Além disso, houve diferenças significativas caso se tratasse de cartéis com abrangência nacional ou internacional. Já com base em ações de responsabilidade civil nos EUA, magistrados teriam estimado aumentos de preço da ordem de 21,6%, e média de 31%. CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. How High do Cartels Raise Prices? Implications for optimal cartel fines. **Tulane Law Review**, v. 80, p. 513–539, 2005. Outro estudo encontrou uma média de 21,88% e uma mediana de 20%. BOLOTOVA, Yuliya. V. Cartel Overcharges: an empirical analysis. **Journal of Economic Behavior and Organization**, Holanda, v. 70, n. 1–2, p. 321–341, 2009.

³⁹ Já no Brasil, há estimativa de sobrepreço no caso do cartel do peróxido de hidrogênio (PA nº 08012.001029/2007-66), encontrando-se, com o fim do cartel, preços tendo sido reduzidos em percentual entre 15,5% e 22%. LUCINDA, Claudio; SEIXAS, Renato. **Documentos de Trabalho 002/2016**: Prevenção Ótima de Cartéis: o caso dos peróxidos no Brasil. Brasília: CADE, 2016.

⁴⁰ Em especial os casos THC2 de Salvador (PA nº 08012.003824/2002-84), cartel do perborato de sódio (PA nº 08012.001029/2007-66), cartel em licitações de alimentos especiais (PA nº 08012.009645/2008-46), cartel de memórias DRAM (PA nº 08012.005255/2010-11) e cartel de gás do Pará (PA nº 08012.002568/2005-51).

Conselho encontrava-se dividido, com dois Conselheiros querendo utilizar esse elemento como principal variável para a fixação da multa, e os demais entendendo mais adequado fazer pequenos ajustes dentro de uma faixa de 12% a 18% sobre o faturamento bruto no ramo de atividade para os casos de cartel.

As críticas colocadas ao cômputo da multa com base no ganho auferido foram expressas em alguns votos, como pelo Conselheiro Paulo Burnier no caso do cartel de gás do Pará (PA nº 08012.002568/2005-51). Além de criticar a utilização da vantagem auferida como único método para definição das multas, no que concordamos, ele ressaltou o elevado custo que seria imposto à administração fazê-lo. Dito isso, ele defendeu que esse cálculo poderia ser feito em outras circunstâncias, como para avaliação *ex post* sobre o poder dissuasório das multas ou como meio de incentivar ações privadas de indenização.

Sem prejuízo da utilização do cálculo para outros fins, entendemos que o argumento de não o utilizar na dosimetria da pena é frontalmente contrário ao determinado pelo art. 45 da lei concorrencial. Salvo nos casos em que não seja possível fazer tal cálculo ou de fato ele se tornar excessivamente oneroso ou impreciso, o art. 45 é claro no sentido de que a vantagem auferida deve ser considerada na fixação das penas.

Por outro lado, também é válido destacar o argumento do Conselheiro João Paulo, também seguido pela Conselheira Cristiane Alkmin, bem expressado em seu voto no cartel do gás no Pará:

41. Concluo dizendo que a adoção de uma alíquota entre 10% a 20% sobre o volume de vendas dos cartelistas durante o período da conduta é uma sistemática segura, simples, compreensível, facilmente aplicável, proporcional, em linha com as melhores práticas internacionais e que confere previsibilidade aos Administrados. A principal diferença entre essa proposta e a metodologia majoritariamente aplicada hoje pelo CADE é que a proposta leva em consideração, de forma justa, tanto a duração do cartel como o mercado afetado, e não apenas o mercado afetado. Para tanto, basta entendermos, como já fizemos outrora, que ramo de atividade não coincide com produto objeto da conduta.

(PA nº 08012.002568/2005-51, voto do Conselheiro João Paulo, p. 6)

Consideramos forte esse argumento, e de fato outras autoridades, como a americana e a europeia, adotam um percentual sobre as vendas. É uma alternativa ao cálculo no caso concreto, que é um exercício complexo e frequentemente inviável. Com isso, entendemos que, por se tratar de um elemento legal, ele deve ser adotado sempre que possível, ainda que por meio de percentuais fixos.

2.1.4. Situação Econômica do Infrator (inciso VII)

Quanto à situação econômica do infrator, no caso de empresas, o Tribunal já apresentou três entendimentos distintos: porte da empresa, poder de mercado e situação econômica adversa. De um ponto de vista gramatical, de fato qualquer uma dessas variáveis poderia ser adotada para caracterizar a situação econômica do infrator, mas, de um ponto de vista econômico, entendemos que esse elemento deveria se restringir a eventuais dificuldades econômicas.

No que tange à utilização do porte da empresa ou de seu poder de mercado como critérios para auferir a situação econômica da empresa, vale destacar que, em grande medida, a análise da vantagem auferida e dos efeitos econômicos negativos no mercado já considera esses fatores. Com isso, fazer a análise para esse elemento utilizando esses critérios provavelmente implicaria em uma sobreposição de efeitos na fixação das penas, em grande medida gerando em certo sentido um *bis in idem*⁴¹.

O que de fato importa é que uma mesma sanção, por exemplo, uma multa com mesmo percentual, aplicada a empresas com condições econômicas distintas, uma lucrativa e a outra deficitária, por exemplo, pode significar uma pena pouco significativa para uma, ou representar a própria falência da empresa, para outra. E isso se aplica independente do porte da organização⁴².

Essa questão é relevante também porque, por exemplo, nos casos em que se verifica uma situação econômica desfavorável, sanções que não prejudiquem o negócio poderiam, em tese, ser mais consideradas, como, por exemplo, obrigações de desinvestimento⁴³. Com isso, altera-se a estrutura do mercado, dificultando a ocorrência de futuras infrações, sem colaborar para o fechamento de empresas, o que afetaria outros *stakeholders* que não colaboraram para a prática do ilícito.

⁴¹ Outro ponto a considerar é que, se o entendimento é de que haveria uma atenuante para empresas de menor porte, seria necessário reduzir o percentual da multa, e não considerar, como aparentemente ocorreu no caso do cartel de Santa Maria (PA nº 08012.004573/2004-17), que a multa aplicada à empresa de pequeno porte seria menor porque o faturamento é menor.

⁴² No Direito Penal, a questão da situação econômica do réu também é uma preocupação. Jesus (2014, p. 589) explica que há diferentes regras para a fixação de multa nos diferentes sistemas penais, podendo-se considerar uma alíquota do patrimônio do agente, a renda, uma metodologia de dias-multa, como no Brasil, ou uma cominação abstrata da multa, com o Legislador fixando somente os limites. JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴³ O presente artigo foca na dosimetria da pena, incluindo agravante e atenuantes. Essa fase não se confunde com a fase de fixação da pena, na qual o Cade pode escolher diferentes penalidades para uma dada dosimetria realizada.

Concluindo, a situação econômica do infrator é um dos elementos legais, e por isso, deve ser utilizado, bem como há razões econômicas para tanto. Contudo, entendemos que esse inciso deve ser aplicado tendo como critério dificuldades econômicas, e não o porte da empresa ou seu poder no mercado relevante analisado. Caberia ao Representado provar essa dificuldade e convencer o Tribunal da necessidade de um ajuste na pena.

2.1.5. Reincidência (inciso VIII)

A reincidência é o único elemento para o qual há a definição da pena a ser aplicada, no caso, o dobro da multa que seria aplicável sem ela. A sua operacionalização no Direito Concorrencial é a que apresenta menos divergências, mas ainda assim cabem algumas considerações.

No Direito Penal⁴⁴, a reincidência se verifica quando o agente comete novo crime, mas não necessariamente deve ser o mesmo tipo penal. Trata-se, pois, de reincidência genérica, e não específica, de forma que qualquer condenação anterior serve de base para o agravamento da pena. Esse entendimento também já foi adotado no Direito Antitruste, como no processo referente ao cartel dos gases (PA n° 08012.009888/2003-70) e no de *sham litigation* da Eli Lilly (PA n° 08012.011508/2007-91).

Entendemos acertado esse entendimento, em que pese haver posicionamento contrário⁴⁵, porque a lei não faz essa restrição, bem como haveria motivos econômicos para, geralmente⁴⁶, punir de forma mais severa quem já tem a experiência de ter cometido uma

⁴⁴ Frequentemente o Cade se utiliza de regras do Direito Penal sobre esse elemento.

⁴⁵ Em posição contrária, Martinez (2013, p. 157-160) entende que a reincidência deve ser específica, visto que seria inegável que há grupos específicos de condutas anticompetitivas bem delineados pela doutrina e pela jurisprudência, bem como que há outras agências, como a Comissão Europeia e a Anatel, que adotam esse tipo de interpretação. MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis**: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013.

⁴⁶ Polinsky e Rubinfeld apresentam modelos para casos de reincidência, concluindo que não necessariamente há a necessidade de se punir mais severamente o reincidente. POLINSKY, A. Mitchell; RUBINFELD, Daniel L. A model of Optimal Fines for Repeat Offenders. **Journal of Public Economics**, Cambridge, v. 46, n. 3, p. 291-306, 1991.

infração⁴⁷. Nesse sentido, Posner (2011)⁴⁸ apresenta três justificativas. A primeira é que o “efeito estigma” pode ser menor para o reincidente, que pode se importar menos com sua reputação. A segunda é que o risco do erro de punir um inocente seria menor no caso de reincidentes. A terceira é que o criminoso tende a aprimorar sua técnica (*learning by doing*), conseguindo reduzir sua probabilidade de ser detectado, embora também seja válido o argumento de que os reincidentes podem vir ser os menos competentes, de modo a serem mais detectados.

Outro ponto, no Direito Criminal, é que há duas exceções para sua aplicação, uma temporal e outra relacionada ao tipo penal, conforme previsto no art. 64 do Código Penal.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos (BRASIL, 1940)⁴⁹.

No Direito Concorrencial, a regra desse inciso II é irrelevante. Assim, passemos à análise da regra do inciso I. Sobre o tema, Mirabete e Fabbrini (2014)⁵⁰ explicam que haveria duas espécies de reincidência: a real, que ocorreria quando o agente já tivesse cumprido a pena correspondente a crime anterior, e a ficta, que decorreria da simples condenação anterior transitada em julgado. No Brasil, nos termos do art. 63 do Código Penal (BRASIL, 1940)⁵¹, adotou-se essa segunda regra, de forma que seria indiferente se houve ou não o cumprimento da pena.

⁴⁷ Sobre Direito Penal, Mirabete e Fabbrini destacam que a agravante da reincidência é contestada por alguns doutrinadores, que veriam na hipótese um *bis in idem* pelo fato de que ela constituiria um agravamento da pena de um crime em função de um outro anterior já reprimido. Contudo, esse agravamento seria justificável, tendo em vista que o delinquente teria demonstrado que a sanção normalmente aplicada teria se mostrado insuficiente para sua intimidação ou recuperação, bem como que haveria um índice maior de censurabilidade na sua conduta. MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁴⁸ POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 8. ed. Nova Iorque: Aspen, 2011.

⁴⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

⁵⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

Já no Direito Antitruste, no caso dos postos de Uberlândia (PA n° 08700.000649/2013-78), o Relator Gilvandro Araújo entendeu que a contagem do prazo de 5 anos decorreria do cumprimento da pena. Contudo, pelos motivos acima expostos, principalmente pelo fato de o condenado já estar ciente da ilicitude, acreditamos que o prazo de 5 anos se inicia do trânsito em julgado, também no Direito da Concorrência.

Outra questão a ser considerada que é a reincidência, para o Legislador, de fato confere à conduta uma severidade especial⁵². Conforme explicado pelo Conselheiro Paulo Furquim, no processo referente ao cartel da areia, a reincidência seria causa de aumento de pena, o que mudaria os limites da multa previstos no inciso I do art. 23 da Lei n° 8.884/94 para 2% a 60% (PA n° 08012.000283/2006-66), o que ocorreu no caso do cartel dos gases (PA n° 08012.009888/2003-70). Dessa forma, trata-se de uma possibilidade de a multa ultrapassar o teto legal, também na lei concorrencial em vigor.

Valladares (2013)⁵³, por sua vez, levanta uma crítica que é o fato de a reincidência ser prevista tanto no inciso VIII do art. 45 quanto no § 1° do art. 37, ambos da Lei n° 12.529/11. Ele questiona se seria possível dobrar o valor da multa e, ao mesmo tempo, usá-la como agravante. Seu entendimento é que não, visto que seria uma hipótese de *bis in idem*. Acompanhamos esse entendimento, mas acreditamos que a regra do referido § 1°, que prevê multa em dobro, apenas define como o elemento de dosimetria previsto no inciso VIII do art. 45 deve ser valorado. Não há, pois, uma incoerência na norma. Ocorre que, ao fazer isso, preferimos chamar esse elemento de dosimetria como causa de aumento de pena, a ser aplicado depois da análise dos demais elementos legais.

Martinez (2013)⁵⁴ ainda levanta outra questão referente à reincidência, que é se ela seria caracterizada em caso de ilícitos por diferentes empresas de um mesmo grupo econômico. Seu entendimento é que sim, tendo em vista que a Lei n° 12.529/11 possibilita que multas atinjam

⁵² O mesmo ocorre no Direito Penal. Nesse sentido, nos termos do art. 67 do respectivo código, a reincidência, juntamente com os motivos determinantes do crime e a personalidade do agente, é uma das circunstâncias preponderantes no concurso de circunstâncias agravantes.

⁵³ VALLADARES, Hugo Emmanuel D. Gonçalves. Dosimetria da pena de multa em cartéis no âmbito do Cade. Dificuldades e perspectivas comparadas aos EUA e à Comissão Europeia. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 45–73, 2013. p. 56.

⁵⁴ MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis**: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013.

o faturamento de todo o grupo, bem como estabelece a responsabilidade solidária em casos de infrações por empresas do mesmo grupo. No entanto, ressalta que o Tribunal não apresenta postura coerente, apresentando decisões contraditórias, citando atos de concentração (AC n° 08012.012246/2007-81 e AC n° 08012.007111/2005-32). Analisando processos sancionadores, no caso de abuso de posição dominante por transportadora de valores em Goiás (PA n° 08012.006272/2011-57), verifica-se que o Tribunal considera sim a possibilidade de reincidência em função de condenação de empresas no mesmo grupo.

Ante o exposto, em que pese alguns pontos controversos, verificamos que a reincidência é um elemento mais consolidado, sendo que o Cade possui parâmetros mais claros para sua aplicação, inclusive se utilizando de regras baseadas no Direito Penal. Em nosso entendimento, trata-se de uma causa de aumento de pena, devendo ser aplicada após a conclusão alcançada à luz dos demais elementos de dosimetria, de forma independente.

2.2. Elementos Objetivos

2.2.1 Consumação ou não da infração (inciso IV)

À primeira vista, o resultado para esse elemento é binário: a infração é ou não consumada. Se consumada, houve infração e, conseqüentemente, aplica-se penalidade. Do contrário, não houve infração e, conseqüentemente, não se aplica penalidade.

Contudo, no caso, o termo é um dos elementos de dosimetria da pena, e não um elemento para definir se houve ou não a conduta. Se é assim, a não consumação, na fase de dosimetria, teoricamente deve implicar em uma pena menor do que se decidido que houve a sua consumação. Não faria sentido, no estágio de dosimetria da pena, se concluir que não houve a consumação e, portanto, não houve infração.

Dito isso, tendo em vista se tratar de uma norma legal, é necessário buscar uma coerência para ela, para que possa ser aplicável. Uma solução é considerar que a infração teria ocorrido, resultando em punição, mas que a conduta não tenha se completado, conforme o pretendido pelo agente. Em outras palavras, o infrator não teria obtido sucesso na implementação do ato desejado, sem que isso exclua sua ilicitude.

Aceita essa solução, o problema passa a ser uma conceituação operacionalizável de consumação. Essa conceituação pode vir do Direito Penal, com o instituto da tentativa, conceito

bem trabalhado nesse ramo do Direito e previsto no art. 14 do Código Penal (BRASIL, 1940)⁵⁵.

Na gramática jurídica, tentativa é o

ato de se procurar atingir, sem êxito, um resultado. Como de execução de um crime, com firme determinação demonstrada por atos objetivos e que se interrompe ou não se completa, por absoluta ineficácia do meio utilizado pelo agente ou por ter ocorrido uma causa externa que obsta o ato delituoso (GUIMARÃES, 2008, p. 525)⁵⁶.

Não é necessário que a regra no Direito Antitruste seja a mesma, mas pode-se pensar uma forma de redução da pena em relação à infração completada⁵⁷. Por exemplo, se 15% das padarias de uma cidade pequena acordam preços, trata-se de uma infração pelo objeto, e a infração, para fins de condenação ou não, em geral seria tido como consumada. Contudo, é possível que se conclua que não houve sucesso no sentido de se conseguir um preço acima do competitivo, de modo que poderia ser mais adequada a aplicação de uma sanção mais suave, pela tentativa.

É importante que o Conselho passe uma diretriz clara para o mercado. Um caso concreto ilustra bem a necessidade dessa clareza. No caso da tabela dos fotógrafos de São Paulo (Averiguação Preliminar nº 08012.005994/2004-65), após longa discussão sobre a existência ou não de poder de mercado por parte do sindicato, o Conselho decidiu que não haveria a necessidade de aprofundar as investigações, determinando o arquivamento do processo por ausência de poder de mercado, mas sugerindo à SDE ações de advocacia da concorrência junto ao SEAFESP e a outros sindicatos e associações do setor.

Para os agentes econômicos, ficou uma mensagem ambígua, pois o Cade entendeu que tabela publicada por sindicato cujos associados não possuem elevada participação de mercado conjunta é lícita, tanto é que houve o arquivamento da averiguação preliminar. Porém, optou por fazer advocacia da concorrência, recomendando que a SDE utilizasse de seus recursos escassos para informar sindicatos que não deveriam publicar tabelas de preços. Verificamos,

⁵⁵ Art. 14 - Diz-se o crime: [...] II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

⁵⁶ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

⁵⁷ Outras questões podem ser pensadas a partir do Direito Penal. O art. 17 do Código Penal prevê que não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime. No Direito Concorrencial, pode-se pensar uma hipótese de tentativa de cartel de duas padarias. Contudo, adotada essa lógica de infração impossível, seria o caso de arquivamento, e não de dosimetria, fugindo ao escopo deste trabalho.

pois, um limbo, ou, no mínimo, um incentivo fraco para que sindicatos não praticassem esse ilícito. Teria sido mais adequado considerar que houve uma tentativa, aplicando uma sanção menos severa, para que mesmo outros agentes, que estivessem nas mesmas condições, não buscassem influenciar preços por meio de tabelas.

Quando a conduta é apenas tentada, teoricamente não se verificam ganhos auferidos, mas apenas pretendidos. O cálculo de ganhos auferidos, como visto, é complexo e não muito preciso, sendo que o Conselho vem rejeitando utilizá-lo como parâmetro para a dosimetria da pena. Quando se considera então o ganho pretendido, acreditamos que dificilmente seria possível fazer o seu cálculo, tendo em vista um elevado grau de indeterminação para qualquer estimativa de ganho.

Dessa forma, se houve a consumação, entendemos que a dosimetria poderia ser feita com base nos outros elementos, visto que a consumação é o resultado esperado de uma infração. Contudo, se a conduta foi apenas tentada, caberia uma redução da sanção, por exemplo, um desconto sobre a multa aplicada. No Direito Penal, a redução é de um terço a dois terços, sendo razoáveis essas frações no Direito Concorrencial.

2.2.2 **Grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros (inciso V)**

No que tange a esse elemento, entendemos que se trata do que apresenta o maior grau de dificuldade em sua análise, tendo em vista o seu grau de abstração e o fato de incluir diferentes variáveis. Uma é teoricamente mais fácil de analisar, que é a diferença entre o grau de lesão ou o perigo de lesão. Perigo, na gramática jurídica, é:

Situação de fato, contingência, circunstância diante da qual pode ocorrer lesão à pessoa ou a direito seu. É atual ou iminente, quando envolve grave ameaça, real, momentânea, que se consumará se não for evitada; comum ou coletivo, quando sujeita um número variável de pessoas; presumido ou abstrato, é aquele reconhecido em virtude de texto de lei e não do exame de cada caso, distinguindo-se nisso do perigo concreto. Esse decorre de presunção *juris tantum*, admitindo prova em contrário; o abstrato decorre de presunção *juris et de juris*, que não admite prova em contrário. [...] (GUIMARÃES, 2008, p. 440)⁵⁸.

Já na gramática econômica, o termo perigo não foi encontrado, mas, sim, o termo risco:

⁵⁸ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

Interpretação e aplicação dos elementos de dosimetria [...], Daniel Boson, p.72-106 RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253

Situação em que, partindo-se de determinado conjunto de ações, vários resultados são possíveis e as probabilidades de cada acontecer são conhecidas. Quando tais probabilidades são desconhecidas, a situação denomina-se incerteza. Em sentido mais concreto, é a condição de um investidor, ante as possibilidades de perder ou ganhar dinheiro (SANDRONI, 1999, p. 532)⁵⁹.

Veja-se então que, na definição econômica, há uma diferenciação entre risco e incerteza, que depende, respectivamente, do conhecimento ou não das probabilidades de ocorrência dos diferentes resultados possíveis. Já a definição de perigo não traz essa diferenciação.

Do texto do inciso, há distintas interpretações possíveis. Quando a lesão ocorre, não há dúvidas de que quanto maior o grau da lesão, maior a gravidade da conduta. Já quando a lesão não ocorre, mas verifica-se a chance de ocorrer, as interpretações possíveis são: (i) quanto maior o risco, maior deve ser a pena, não se avaliando o grau da lesão potencial; (ii) o perigo decorreria da incerteza, de forma que não se saberia a probabilidade da ocorrência da lesão, e seria o grau da lesão potencial que importaria para a dosimetria da pena; ou (iii) conhecer-se-ia o risco e o grau da lesão potencial, e ambos seriam considerados na fixação da pena.

Em tese, a terceira opção seria mais adequada. O custo esperado da infração para a sociedade é uma função tanto da probabilidade do dano quanto do dano em si. O cálculo desse custo, posto de forma simples, seria a multiplicação da probabilidade pelo montante do dano. Se o objetivo é relacionar o montante da pena à lesão esperada, essa seria a forma mais correta de se interpretar a norma.

Contudo, em termos práticos, a obtenção dos dados para esse cálculo tende a ser inviável. A mensuração dos danos materiais dos ilícitos concorrenciais, por si só, já é complexa, mas o inciso sequer trata disso. Ele trata do risco de lesão para a livre concorrência, para a economia nacional, para os consumidores, ou para terceiros. Então, são muitas variáveis, além do que, se o dano não ocorreu, ainda é necessário considerar a probabilidade de sua ocorrência, tarefa igualmente complexa.

Dessa forma, pode-se considerar que tratar o perigo como risco, portanto, estimando-se a probabilidade, é operacionalmente difícil, de modo que seria mais adequado tratar o perigo como incerteza, de modo que a mera possibilidade de ocorrer o dano é o elemento a ser considerado. Dessa forma, haveria apenas três resultados possíveis: (i) não haveria

⁵⁹ SANDRONI, Paulo (org.). **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 1999.

possibilidade de dano, (ii) haveria possibilidade de dano, sem estimar a probabilidade, por se tratar de incerteza e (iii) houve o dano. É intuitivo argumentar que o primeiro seria punível menos severamente, o segundo de forma intermediária, e o terceiro mais severamente.

Analisada a questão do perigo, passa-se à parte mais abstrata do inciso, que são os elementos tutelados pela norma, quais sejam, o princípio da livre concorrência, a economia nacional, que pode ser considerado um bem, e consumidores e terceiros, que são pessoas. Vê-se, pois, que o conjunto desses elementos é diversificado.

Ressalte-se, contudo, que a lei determina averiguar a lesão ou grau de lesão de qualquer dos elementos de forma independente, visto que utiliza o conectivo alternativo “ou”. Se tivesse se utilizado o conectivo aditivo “e”, ter-se-ia que analisar a lesão ou grau de lesão para cada um dos elementos e em seguida fazer uma análise conjunta. Contudo, não sendo esse o caso, em uma interpretação literal, poderia ser feita a análise para apenas um dos elementos.

Em uma interpretação teleológica, contudo, resta claro que não se trata de se escolher um dos elementos e verificar a lesão ou grau de lesão para ele, desconsiderando os demais. Uma interpretação que parece mais adequada seria a obrigatoriedade de análise daqueles elementos passíveis de análise no caso concreto. Considerando-se que se trata de uma tarefa complexa, cabe ao Conselho, considerando os argumentos dos advogados, buscar aplicar o inciso na medida do que é viável operacionalmente.

Ressalte, por outro lado, que mesmo se tratando de elementos que seriam agrupados em categorias distintas, quais sejam, princípio, bem e pessoas, há uma forte relação entre eles. A preservação de um ambiente concorrencial saudável tende a ser benéfica para a economia nacional, que é composta, entre outros, por consumidores e demais agentes econômicos. Por outro lado, uma lesão a terceiros ou a consumidores necessariamente afeta a economia nacional, e tende a resultar em um desrespeito ao ambiente concorrencial.

Ante o exposto, conclui-se que, para que a norma constante no inciso seja operacionalizável como elemento de dosimetria da pena, é necessário fazer uma interpretação mais simplificada da mesma, considerando os quatro elementos da pena em conjunto. Com isso, haveria três conclusões possíveis: (i) não houve lesão e nem perigo de lesão; (ii) não houve lesão, mas houve perigo de lesão; ou (iii) houve lesão. Intuitivamente, conclui-se que a pena deveria ser menor no primeiro caso, intermediária no segundo, e maior no terceiro caso.

Ocorre que ainda assim haveria problemas com essa classificação. Primeiro, se não houve lesão nem perigo de lesão, não haveria motivos para haver punição. Dessa forma, a dosimetria baseada nesse elemento só poderia prever as duas outras circunstâncias, só que elas já são previstas em outros elementos legais. A lesão, ainda que com outro nome, é analisada como efeitos econômicos negativos no mercado. Já o perigo de lesão é analisado quando da consumação ou não da infração.

Então aparentemente não haveria solução possível. Contudo, na jurisprudência do Conselho há uma variável considerada das mais relevantes, que é o tipo de infração, comumente analisada como variável explicada da gravidade da conduta. Em especial, o Tribunal considera que a prática de cartel é mais grave do que as práticas unilaterais ou outras condutas concertadas, o que aparentemente é um consenso em nível mundial (ICN, 2005)⁶⁰.

Além disso, como ressaltado por Buccirossi *et al* (2009)⁶¹, em casos de cartel, seria menos provável a ocorrência de dissuasão excessiva, tendo em vista que dificilmente os administradores cometeriam erro sobre a legitimidade dessa conduta, de modo que, para esse ilícito, a dissuasão geral seria mais apropriada. Já quanto a outras condutas, sujeitas à análise pela regra da razão, é mais difícil antecipar o que seria julgado anticompetitivo pela autoridade concorrencial, de modo que é eficiente permitir alguma subdissuasão e também se apoiar na dissuasão específica. Assim, seriam justificáveis sanções maiores para a prática de cartel.

Com isso, e dado o elevado grau de abstração do elemento legal ora em análise, a forma mais adequada de interpretação, em nosso entendimento, é considerá-lo de forma simplificada, relacionando-o ao tipo de infração. No caso, cartel, que efetivamente altera a estrutura do mercado, em detrimento da livre concorrência e da sociedade como um todo, deveria ser apenado de forma mais severa, como de fato já o é. Ademais, considerando que se trata de uma norma abstrata, inviável de se fazer um cálculo, sugerimos, como será mostrado na seção 4.2, que seja aplicado um percentual fixo de multa para a prática de cartel, o que aparentemente já está parcialmente em consonância com a jurisprudência do Tribunal⁶².

⁶⁰ ICN WORKING GROUP ON CARTELS. **Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes**. Bonn, Alemanha: ICN, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/2XQwe4U>. Acesso em: 10/11/2016.

⁶¹ BUCCIROSSI, Paolo *et al*. **Deterrence in Competition Law**. Berlin: Social Science Research Center, 2009.

⁶² A chamada *entry fee* é aplicada pela Comissão Europeia, correspondendo a uma majoração da multa entre 15% e 25% das vendas anuais da condenada no mercado relevante, independente da duração.

Um percentual fixo relevante pelo mero início de cartelização cria um forte incentivo para as empresas evitarem de até mesmo iniciar conversas nesse sentido. No caso brasileiro, um percentual sobre as vendas no mercado relevante ou no ramo de atividade poderia ser implementado, criando os mesmos efeitos. É uma interpretação e uma aplicação do elemento coerente com os demais, bem como com os princípios e objetivos da lei concorrencial.

2.2.3. Efeitos Econômicos Negativos no Mercado (inciso VI)

No que tange aos efeitos econômicos negativos no mercado, tal como ocorre com a análise da vantagem auferida, trata-se de um cálculo complexo, e sujeito a críticas, sendo que o próprio Conselho vem evitando aplicar esse cálculo na dosimetria da pena. No processo referente ao cartel do gás do Pará (PA n° 08012.002568/2005-51), por exemplo, houve divergências teóricas entre os Conselheiros Cristiane Alkmin e Alexandre Macedo sobre as sanções, bem como crítica, por parte do segundo, sobre a falta de confiabilidade e precisão das estimativas⁶³.

De fato, esse cálculo no caso concreto é complexo e pouco realizado. Um ponto a ser ressaltado é que não se pode meramente descrever efeitos econômicos negativos para fins de dosimetria, dado que em tese isso já foi utilizado para a condenação. Isso geraria uma certa forma de *bis in idem*, visto que o condenado estaria não apenas sendo apenado pela infração, mas também teria a pena majorada por uma condição elementar do crime. O que não integra a conduta é o grau dos efeitos negativos, que pode ser mais ou menos significativo, e que preferencialmente deve ser quantificado.

Dito isso, há dois pontos a serem analisados. O que seriam esses efeitos negativos e o que seria o mercado. Sobre o primeiro ponto, a teoria econômica traz o conceito de peso morto. Quando há a elevação do preço de um produto por infração concorrencial, tende a haver uma redução na quantidade transacionada, que reduz o lucro do fornecedor e o ganho dos consumidores. Além disso, a implementação de uma conduta anticoncorrencial pode acarretar

⁶³ Nesse sentido, ele destacou a grande diferença nos valores encontrados no voto da própria relatora, que adotou duas metodologias distintas, bem como a estimativa de um parecer trazido por uma consultoria econômica que estimou que o sobrepreço teria sido inexistente.

diversos outros custos sociais, como efeito guarda-chuva, que é a elevação de preços pelos concorrentes que não participaram do cartel, desincentivo à inovação ou otimização de variedade ou qualidade (CONNOR; LANDE, 2005)⁶⁴.

Dito isso, nesse elemento não deveriam ser considerados todos os efeitos econômicos negativos no mercado, mas sim apenas aqueles externalizados, ou seja, suportados por terceiros, porque o que se relaciona ao ganho do infrator deve ser calculado como outro elemento. Com isso, restaria a questão sobre quem seriam esses terceiros, porque o inciso refere-se aos efeitos negativos no mercado.

Poder-se-ia entender que a definição de mercado seria a de mercado relevante, que é o conceito mais utilizado na prática concorrencial. Contudo, essa interpretação não se mostra adequada. Primeiro porque se a intenção do legislador tivesse sido fazer a restrição ao mercado relevante, ele poderia ter feito essa especificação. Segundo, não há qualquer justificativa para se considerar que os danos gerados no mercado relevante de atuação do infrator seriam os únicos relevantes, ou mesmo que teriam importância maior do que os gerados em outros mercados relevantes, como no restante da cadeia.

Dito isso, é válido destacar que os efeitos negativos da infração podem ser reduzidos pelo próprio infrator, antes ou depois da instauração do processo sancionador. Sendo assim, é possível criar incentivos para a redução dos danos, partindo-se do pressuposto, que acreditamos ser consensual, de que menos danos é melhor do que mais danos. Uma possibilidade seria garantir um desconto na sanção, no caso de ressarcimento de vítimas até o julgamento, o que inclusive criaria incentivos para as vítimas colaborarem com a autoridade concorrencial ao longo do processo⁶⁵.

Permanece, contudo, a dificuldade em se estimar esse dano. Sobre isso, Friederiszick e Röller (2010)⁶⁶ ressaltam que há um *trade-off* entre precisão e praticidade no cálculo dos danos,

⁶⁴ CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. How High do Cartels Raise Prices? Implications for optimal cartel fines. **Tulane Law Review**, v. 80, p. 513–539, 2005.

⁶⁵ No Código Penal, inclusive, há dispositivo sobre o tema, referente ao arrependimento posterior, nos termos dos arts. 16 e 65, III, b, que em síntese referem-se à reparação do dano ou restituição da coisa até o recebimento da denúncia ou queixa por ato voluntário, ou ainda, logo após o crime, evitar ou minorar suas consequências.

⁶⁶ FRIEDERISZICK, Hans W.; RÖLLER, Lars-Hendrick. Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: Insights from German cartel cases. **Journal of Competition Law and Economics**, Oxford, v. 6, n. 3, p. 595–618, 2010.

sendo que eles sugerem uma metodologia. Eles ressaltam que esse dilema deve ser bem compreendido e transparente, além do que os passos a serem seguidos devem ser previamente explicados pelo tribunal.

Em nosso entendimento, fato é que esse elemento legal de dosimetria não poderia ser ignorado no cálculo da pena, por determinação legal. Não há solução perfeita, mas acreditamos também que ignorar cálculos econométricos porque o resultado não é preciso não é a solução mais adequada. Em qualquer área em que se utiliza econometria, esse problema é encontrado, e nem por isso deixa de trazer resultados mais precisos do que os obtidos intuitivamente, ainda que por especialistas no assunto. Além disso, se os cálculos não são confiáveis, outras estimativas mais genéricas, devidamente justificadas, como um percentual sobre as vendas, seria uma alternativa. De todo modo, alguma estimativa é melhor do que nenhuma.

3. Aplicação Coerente dos Elementos Legais de Dosimetria da Pena

Analisamos então cada elemento de dosimetria de forma independente e sugerimos interpretações que fossem coerentes tanto com o texto legal quanto com os objetivos do Cade, e que fossem operacionalizáveis, especialmente por corresponderem a atos externos, verificáveis. De forma resumida, propomos principalmente as seguintes interpretações e aplicações:

1. Elementos Subjetivos:
 - a) Gravidade da infração (inciso I): a gravidade seria associada ao grau de participação na conduta, considerando-se uma gravidade baixa para participações pouco expressivas, gravidade média para participações medianas, e gravidade elevada para a liderança, sendo que cada categoria poderia ser associada a um multiplicador a ser aplicado sobre uma pena-base. A função desse elemento seria criar um desincentivo para a participação mais intensa dos infratores na conduta.
 - b) Boa-fé do infrator (inciso II): em vez de se ater a questões subjetivas, a boa-fé seria caracterizada, em princípio, por duas variáveis, ambas relacionadas à variação na probabilidade de punição. A primeira é a conduta não ter sido implementada de forma secreta, enquanto má-fé seria caracterizada por essa forma de implementação da conduta. A segunda variável é a cooperação do representado no âmbito do processo, especialmente quando há dúvidas sobre se a sanção constituiu ou não

infração. A partir da probabilidade calculada, seria aplicado um multiplicador sobre a vantagem auferida pelo infrator. A função desse elemento seria aumentar a probabilidade de punição, mas compensando com a devida redução na pena.

- c) Vantagem auferida ou pretendida pelo infrator (inciso III): a estimativa da vantagem auferida, que pode ser mais ou menos precisa, serviria de base para o cálculo da pena-base. A função desse elemento é criar desincentivo para a continuidade da conduta, porque supostamente, quanto mais duradoura, maior a vantagem auferida e mais severas as penas.
- d) Situação econômica do infrator (inciso VII): esse elemento seria utilizado para reduzir a severidade da pena em caso de condições econômicas adversas, devidamente comprovadas. A função desse elemento é, caso a autoridade concorrencial entenda oportuno e conveniente, não inviabilizar a continuidade da empresa.
- e) Reincidência (inciso VIII): esse elemento já tem aplicação definida em lei, tratando-se de uma causa de aumento de pena, aplicado após a fixação da multa com base nos demais elementos do referido art. 45.

2. Elementos objetivos:

- f) Consumação ou não da infração (inciso IV): consumação deve ser contraposta à tentativa, porque, para a dosimetria da pena, o conceito de consumação não pode ser o mesmo que para a condenação. Se obtido sucesso na conduta, aplica-se a pena calculada com base nos demais elementos. Se apenas tentada, pode-se aplicar um multiplicador a fim de se reduzir a pena. A função desse elemento é desincentivar o início da conduta.
- g) Grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros (inciso V): tendo em vista o elevado grau de abstração desse elemento, bem como o fato de cartel gerar maior lesão ou perigo de lesão ao funcionamento do mercado e à sociedade do que condutas unilaterais, segundo a literatura antitruste, caberia a aplicação de um percentual fixo pelo fato de se praticar essa conduta. A função desse elemento é desincentivar o início de conversas ilícitas entre concorrentes.

h) Efeitos econômicos negativos produzidos no mercado (inciso VI): os efeitos econômicos produzidos no mercado se referem aos efeitos negativos para terceiros, que devem ser utilizados para o cômputo da sanção. Dessa forma, as medidas adotadas pelo condenado, para reduzir o dano, até o momento do julgamento, devem ser consideradas, o que incentiva a redução dos danos. Contudo, se essa redução ocorre depois de a autoridade concorrencial ter detectado a conduta, a redução da pena deve ser menor do que a redução do dano, a fim de não se perder o seu efeito dissuasório. Tal como sugerido para a vantagem auferida, a estimativa dos efeitos econômicos pode ser mais ou menos precisa, podendo, se necessário, ser baseada em estimativas genéricas para os efeitos da conduta, como cartel.

Cass (1991)⁶⁷, referindo-se ao sistema penal americano, ressalta, acertadamente, que a análise de variáveis para a fixação das penas é mais fácil na teoria do que na prática. Segundo o autor, para se fazer um guia de sentenciamento que resulte em sentenças cujas sanções esperadas superem os danos da atividade criminosa, haveria três tipos de problemas a serem confrontados.

O primeiro seria identificar o dano esperado e decidir como mensurá-lo. O segundo seria decidir como os potenciais criminosos iriam perceber as sanções esperadas, de modo que se determinasse a relação geral entre sanções e conduta. O terceiro seria decidir quais fatores específicos afetariam o comportamento a ser dissuadido ou incentivado pelos diversos tipos de sanções.

Não é preciso maiores argumentos para demonstrar a dificuldade de se fazer um guia de sentenciamento. Destacando-se essa dificuldade, e ressaltando-se que o objetivo do presente trabalho não é oferecer um guia, ainda assim é válido mostrar um exemplo de como esses elementos poderiam ser operacionalizados de forma coerente entre eles e em relação aos objetivos da lei concorrencial, observados os limites legais:

- 1) Tentativa, no sentido de não ter conseguido lucrar com a medida (inciso IV): aplicação de multa de 0,1% a 2% sobre as vendas no mercado relevante e/ou sanção

⁶⁷ CASS, R. Sentencing Corporations: the Guidelines' white collar blues. **Boston University Law Review**, Boston, v. 71, p. 291–305, 1991.

correspondente, salvo justificativa tendo em vista especificidade no caso concreto. Se consumado, aplicam-se os demais incisos.

- 2) Cartel (inciso V): aplicação de multa de 5% sobre as vendas no mercado relevante e/ou outra sanção correspondente, independentemente de qualquer fator, salvo justificativa tendo em vista especificidade no caso concreto.
- 3) Efeitos econômicos negativos no mercado (inciso VI): valor estimado no caso concreto ou 10% sobre as vendas no mercado relevante ao longo da conduta.
- 4) Participação restrita, comum ou de liderança (inciso I): multiplicador sobre os efeitos econômicos negativos no mercado:
 - a. participação restrita: efeitos econômicos negativos no mercado multiplicado por 0,5;
 - b. participação comum: não se aplica multiplicador;
 - c. liderança: valor dos efeitos econômicos negativos no mercado multiplicado por 2;
- 5) Vantagem auferida (inciso III): valor estimado no caso concreto ou 10% sobre as vendas no mercado relevante.
- 6) Boa-fé do infrator, relacionado à probabilidade de punição (inciso II): multiplicador aplicado sobre a vantagem auferida:
 - a. praticado de forma secreta e sem colaboração com autoridade concorrencial: aplica-se um multiplicador entre 3 e 5 sobre o valor da vantagem auferida;
 - b. praticado de forma secreta, mas trazendo elementos úteis à autoridade concorrencial: aplica-se um multiplicador entre 2 e 3 sobre o valor da vantagem auferida;
 - c. praticado de forma pública, trazendo elementos úteis à autoridade concorrencial: não aplicação de multiplicador.
- 7) Reincidência (inciso VIII): multiplica o valor da multa por 2, após considerados os demais elementos de dosimetria.
- 8) Situação Econômica do Infrator (inciso VII): desconto variável sobre o valor calculado conforme julgado conveniente e oportuno pelo Tribunal em função de dificuldades econômicas.

Com essa metodologia, além de se aplicar todos os elementos legais de dosimetria, o que é uma determinação legal, as regras são transparentes, coerentes e baseadas em incentivos que colaborariam para uma maior eficiência do Conselho, tendo em vista seus objetivos previstos em lei. Nesse sentido, verifica-se que, pela interpretação proposta, há incentivos não apenas para o não cometimento da infração, mas também para o alcance de objetivos intermediários, que são relevantes para se alcançar o objetivo principal do Cade no que tange ao julgamento de infrações concorrenciais.

Esses objetivos intermediários são (i) o não ingresso em situações que possam resultar em infração concorrencial, (ii) a prática de condutas potencialmente infrativas de forma não secreta, (iii) a busca de participação mais restrita em condutas potencialmente infrativas, (iv) a colaboração com a autoridade se instaurado o processo administrativo, (v) a redução dos danos das condutas até o julgamento do processo, (vi) a não continuidade da infração e (vii) a não reincidência. Além disso, (viii) abre-se a possibilidade de se ajustar a sanção em função de eventuais dificuldades econômicas do infrator.

4. Conclusões

O presente artigo buscou apresentar uma metodologia para a dosimetria da pena com base no art. 45 da Lei nº 12.529/11, que atendesse aos princípios e objetivos da mesma lei, previstos no art. 1º (BRASIL, 2011)⁶⁸. Para tanto, utilizando-se do conhecimento do campo econômico e jurídico, este último aproveitando-se da experiência do Direito Criminal com penas, cada elemento foi definido de forma mais específica, de modo que não houvesse sobreposição de critérios entre eles, bem como que houvesse coerência na metodologia da dosimetria. Por fim, de forma exemplificativa, sugeriu-se uma metodologia para a aplicação prática do art. 45 da lei concorrencial.

Ainda que possa haver outras metodologias, o fato é que o Legislador definiu os elementos do referido artigo como aqueles a serem considerados na dosimetria da pena pelo Conselho. Em nosso entendimento, apesar da dificuldade normativa, o referido art. 45 é plenamente aplicável, conforme proposto neste trabalho. Contudo, ainda que não se concorde

⁶⁸ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

com a metodologia e conclusões apresentas, caberia ao Cade e à doutrina buscarem dar o máximo de efetividade à determinação do legislador.

Referências

BEBCHUK, Lucian Arye; KAPLOW, Louis. Optimal Sanctions when Individuals are Imperfectly Informed about the Probability of Apprehension. **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 21, n. 2, p. 365–370, 1992.

BOLOTOVA, Yuliya. V. Cartel Overcharges: an empirical analysis. **Journal of Economic Behavior and Organization**, Holanda, v. 70, n. 1–2, p. 321–341, 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília: CADE, 2016

BRYANT, Peter G.; ECKARD, Eedwin. Price Fixing: the probability of getting caught. **The Review of Economics and Statistics**, Cambridge, v. 73, n. 3, p. 531–536, 1991.

BUCCIROSSI, Paolo *et al.* **Deterrence in Competition Law**. Berlim: Social Science Research Center, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASS, R. Sentencing Corporations: the Guidelines' white collar blues. **Boston University Law Review**, Boston, v. 71, p. 291–305, 1991.

COMBE, Emmanuel; MONNIER, Constance; LEGAL, Renault. Cartels: The Probability of Getting Caught in the European Union. **Bruges European Economic Research Papers**, Bruges, Bélgica, v. 12, 2008.

CONNOR, John M. A Critique of Cartel Fine Discounting by the U. S. Department of Justice. **SSRN**, Nova Iorque, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3coqvbv>. Acesso em: 15/11/16.

CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. How High do Cartels Raise Prices? Implications for optimal cartel fines. **Tulane Law Review**, v. 80, p. 513–539, 2005.

FRIEDERISZICK, Hans W.; RÖLLER, Lars-Hendrick. Quantification of harm in damages

Interpretação e aplicação dos elementos de dosimetria [...], Daniel Boson, p.72-106 RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253

actions for antitrust infringements: Insights from German cartel cases. **Journal of Competition Law and Economics**, Oxford, v. 6, n. 3, p. 595–618, 2010.

GILBERTO, André Marques. 2008. **O Processo Antitruste Sancionador**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

ICN WORKING GROUP ON CARTELS. **Building Blocks for Effective Anti-Cartel Regimes**. Bonn, Alemanha: ICN, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/2XQwe4U>. Acesso em: 10/11/2016.

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

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEITE, Alaor. **Dúvida e Erro sobre a Proibição no Direito Penal**: a atuação nos limites entre o permitido e o proibido. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LUCINDA, Claudio; SEIXAS, Renato. **Documentos de Trabalho 002/2016**: Prevenção Ótima de Cartéis: o caso dos peróxidos no Brasil. Brasília: CADE, 2016.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis**: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013.

MASCHLER, Michael; SOLAN, Eilon; ZAMIR, Shmuel. **Game Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: parte geral - vol. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OLIVEIRA, Gesner de; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016.

POLINSKY, A. Mitchell; RUBINFELD, Daniel L. A model of Optimal Fines for Repeat Offenders. **Journal of Public Economics**, Cambridge, v. 46, n. 3, p. 291-306, 1991.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 8. ed. Nova Iorque: Aspen, 2011.

Interpretação e aplicação dos elementos de dosimetria [...], Daniel Boson, p.72-106 RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253

POSNER, Richard A. An Economic Theory of the Criminal Law. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 85, n. 6, p. 1193–1231, 1985.

PRESIDENTE do Cade destaca falta de critérios para dosimetria de pena. **Migalhas**, 27 ago. 2015.

SAH, Raaj Kumar. Social Osmosis and Patterns of Crime: a dynamic economic analysis. **Journal of Political Economy**, Chivago, v. 99, n. 6, p. 1272–1295, 1991.

SANDRONI, Paulo (org.). **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 1999.

SANTOS, Flávia Chiquito dos. **Aplicação de Penas na Repressão a Cartéis**: uma análise da jurisprudência do CADE. São Paulo: Lumem Juris, 2016.

SUNSTEIN, Cass R. (ed.). **Behavioral Law & Economics**. New York: Cambridge University Press, 2000.

VALLADARES, Hugo Emmanuel D. Gonçalves. Dosimetria da pena de multa em cartéis no âmbito do Cade. Dificuldades e perspectivas comparadas aos EUA e à Comissão Europeia. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 45–73, 2013.

Defesa da concorrência e verticalização portuária

Competition defense and port verticalization

Oswaldo Agripino de Castro Junior¹

Maicon Rodrigues²

RESUMO

O presente artigo objetiva contribuir para a defesa da concorrência no setor portuário de movimentação de contêineres, por meio de estudo da cobrança de serviços de armazenagem de dois terminais verticalizados, e se justifica pelos aumentos de tarifas e preços muito acima dos custos marginais no período de 2010 a 2019, em parte causados (i) pela inexistência de defesa da concorrência eficaz por parte da Agência Nacional de Transportes Aquaviários, (ii) e de registro e acompanhamento de preços e tarifas no setor portuário (regulação *ex ante* e não *ex post*), (iii) agravado pela concentração e verticalização. O artigo está dividido em seis seções. A primeira seção introduz o tema e a segunda discorre sobre uma Teoria Geral da Defesa da Concorrência no setor portuário. A terceira seção trata da verticalização e da concentração no setor portuário e a quarta seção analisa a problemática da armazenagem portuária da *APM Terminals* e da Portonave, em Santa Catarina. A quinta seção conclui pela necessidade de uma política de defesa da concorrência mais eficaz por parte da Antaq, assim como da mudança de modelo para regulação preventiva (*ex ante*), com registro e acompanhamento das tarifas e preços portuários, e de maior cooperação com a Autoridade Antitruste, com base na Lei Geral das Agências.

Palavras-Chave: Concorrência; verticalização; portos públicos e privados.

ABSTRACT

This article aims to contribute to the effectiveness of the competition's at the containers operation of the Brazilian port sector, through the warehousing services rendered by two verticalized terminals. It is justified by the increasing of tariffs and prices far above of marginal costs in the period 2010-2019, partially caused by (i) no antitrust policy by the Brazilian National Agency of Waterways Transportation (Antaq); (ii) registry and monitoring of prices and tariffs in the port sector (*ex ante* regulation) and not *ex post*; (iii) aggravated by the concentration and verticalization. The article is divided into six sections. The first section introduces the subject, the second one discusses a General Theory of the Port sector's Competition. The third section deals with the verticalization and concentration in the port sector and the fourth section analyzes the *APM Terminals* and Portonave in the state of Santa Catarina. The final considerations (fifth section) concludes by the need of antitrust policy most effective by the Antaq, the use of a regulation *ex ante's* model (preventive), with the

1 Professor do Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Univali, e do Mestrado em Eng. de Transportes da UFSC. Realizou estágio pós-doutoral na Kennedy School, da Harvard University em 2007, com bolsa da CAPES. Graduado em Direito (UERJ, 1992) e Ciências Náuticas (Ciaga, 1983). Mestre em Direito Constitucional (Puc-Rio, 1996) e Doutor em Direito e Desenvolvimento, (UFSC, 2001). E-mail: agripino@agripinoferreira.com.br

2 Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: maicon@maiconrodrigues.adv.br.

registry and the increasing of the cooperation with the Antitrust Authority, based on the General Law of the Agencies.

Keywords: Competition; verticalization; public and private ports.

Classificação JEL – K21 e K23

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Teoria Geral da Defesa da Concorrência no setor portuário. 3. Verticalização e concentração no setor portuário. 4. Armazenagem portuária: *APM Terminals/Maersk* e *Portonave/MSC*. 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

A globalização e a evolução tecnológica, especialmente da internet, vêm impactando o setor portuário, inclusive com demandas de maior eficiência pelo aumento constante da capacidade dos navios, o que requer uma regulação adequada e maior compromisso dos governos dos países com a qualidade dos seus portos, requisitos relevantes para a conectividade da economia.

Nesse ambiente, o transporte marítimo internacional de contêineres, especialmente os dois maiores armadores do mundo, a Maersk³ e a MSC⁴, vêm ampliando suas atividades para terminais portuários (*in land operations*), fenômeno chamado de verticalização da cadeia logística. Por exemplo, somente no Estado de Santa Catarina, as duas empresas mencionadas movimentaram 95% dos contêineres nos seus três terminais (Portonave, *APM Terminals* e Itapoá), segundo dados da Antaq (BRASIL, 2020)⁵, agência reguladora setorial responsável pelas outorgas dos mesmos.

³ A Maersk é sócia do terminal de uso privado Porto Itapoá, no município Itapoá, que cobra preço, e do arrendatário *APM Terminals*, no município de Itajaí, em Santa Catarina, que cobra tarifa, por ser prestador de serviço público outorgado após licitação.

⁴ A MSC é sócia do terminal de uso privado Portonave, em Navegantes, Santa Catarina, e da Santos Brasil, em Santos, São Paulo, através da *Terminal Investments Limited Sarl* (“TIL”). A TIL é subsidiária integral da *Terminal Investment Limited Holding S.A.* (“TIL Holding”), indiretamente detida pela *MSC Mediterranean Shipping Company Holding S.A.* – MSC, que detém 51% e *Global Infrastructure Partners* (“GIP”, que possui 49%). A MSC é controladora do Grupo MSC. (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Parecer nº 218/2017/CGAA5/SGA1/SG**. Processo nº 08700.003956/2017-34. Ementa: Ato de Concentração. Lei nº 12.529/2011. Procedimento Sumário. Requerentes: Terminal Investment Limited Sarl e Portonave S.A Terminais Portuários de Navegantes. Aquisição de participação societária. Terminais portuários. Art. 8º, inciso VI, Resolução CADE nº 2, de 29 de maio de 2012. Aprovação sem restrições. Requerentes: Terminal Investment Limited Sarl e Portonave S.A Terminais Portuários de Navegantes. Brasília: CADE, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/36HXpmh>. Acesso em: 22 maio 2020.

⁵ BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq). **Estatístico Aquaviário**. Brasília: Antaq, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ch1S0k>. Acesso em: 28 mar 2020.

Essa mudança para a verticalização começou a ser adotada a partir dos anos 2000 e, no caso do maior armador de contêiner do mundo, a Maersk, que possui atualmente 80% da sua receita decorrente do transporte marítimo, pretende fazer com que nos próximos anos, a receita seja 50% do transporte marítimo, e 50% de operação em terra, segundo a UNCTAD (2019, p. 19):

There are also signs that carriers are considering vertical integration by taking greater control of inland logistics and aiming to provide integrated service offerings and generate more value. This marks a shift from the approach adopted in the 2000s, when shipping interests were outsourcing such operations to focus on their core business. Some of the largest carriers, including Maersk (Lloyd's Loading List, 2019c) and China COSCO Shipping, are planning to expand their presence to inland terminals, warehouses, customs brokerage and logistics to tap additional business opportunities. They aim to reposition themselves as wider solution providers with strong, long-lasting relationships with customers (Christensen et al., 2019). It was reported that up to 80 per cent of Maersk's earnings currently comes from container shipping and the plan is to achieve a 50:50 split between ocean and non-ocean services in the next few years (UNCTAD, 2019, p. 19)⁶.

Essa mudança vem impactando a cadeia de prestadores de serviços como operadores portuários da zona primária, empresas da zona secundária (portos secos, recintos alfandegados) e transportadores rodoviários. A verticalização é uma forma de cooperação entre o armador e o terminal onde opera a sua carga, e seu impacto na concorrência tem sido objeto de muita pesquisa no setor industrial e se trata de tema que apresenta uma constante batalha para as autoridades regulatórias pois, de um lado pode criar incentivos para facilitar práticas anticompetitivas e, de outro lado, pode proporcionar aumento da eficiência, com redução de custo para o usuário. Para que ocorra essa externalidade positiva, é relevante o monitoramento e a aferição por parte da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).

Essa possibilidade da verticalização, ainda sem controle da Antaq sobre tal fenômeno, aliada a uma política de liberalização de preços sem teto (*price cap*), sem defesa da concorrência adequada, vem aumentando a concentração dos armadores transnacionais de transportes de contêineres e a possibilidade de aumento de condutas oportunistas com preços predatórios, como adiante será demonstrado.

A Reforma Portuária, iniciada com a edição da Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012, depois convertida na Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, que revogou a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, permitiu a verticalização dos terminais, ou seja, armadores podem ser acionistas, sem limite na participação. Dessa forma, segundo a Confederação Nacional da Indústria:

⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Review of Maritime Transport 2019**. Genebra: UNCTAD, 2019, p.19.

[...] sete terminais responderam por 44,8% da movimentação de contêineres no Brasil em 2016 (Gráfico 8). Essa fração, que era de apenas 23,5% em 2010, aumentou rapidamente entre 2013 e 2015. Esse crescimento foi concentrado em dois terminais: BTP e Itapoá, onde a Aliança/Hamburg-Süd tem participação relevante (CNI, 2018, p. 55)⁷.

Segundo o Relatório do Cade, sobre serviços portuários, os terminais privados atualmente respondem por cerca de dois terços das cargas movimentadas no país (BRASIL, 2017, p. 5)⁸. Os atos de concentração tratam fundamentalmente de arrendamento de terminais públicos ou instalação, operação e controle societário de terminais portuários privados.

Nas análises do Cade, prevaleceu a atenção à concorrência intraporto, ou seja, entre terminais localizados na mesma zona portuária (primária), portanto, com aferição de participação de mercado, condições de rivalidade e participações societárias cruzadas no âmbito do porto onde se localizava o terminal objeto da operação.

O Cade, respeitada a competência da Antaq, que tem sido ineficaz (BRASIL, 2020)⁹, pois não há uma política de defesa da concorrência, entendeu que havia espaço para atuar nesse âmbito, tendo em vista que algumas questões não estavam cobertas ou claramente delineadas na regulação setorial e que, em todos os casos, é possível e desejável uma atuação complementar entre as políticas de regulação setorial (econômica) e de defesa da concorrência.

O debate sobre a verticalização, assim como acerca de uma política de defesa da concorrência e critérios de modicidade nos preços e tarifas cobrados, ainda não está de forma eficaz na Agenda Regulatória da Antaq. Assim, é relevante uma compreensão maior sobre o tema pertinente à defesa da concorrência e da verticalização no setor portuário.

Nesse passo, o presente artigo objetiva contribuir para a efetividade da defesa da concorrência no setor portuário, por meio de estudo da problemática envolvendo a armazenagem portuária e com ênfase na verticalização, e está dividido em seis seções. A primeira seção introduz o tema e a segunda discorre sobre uma Teoria Geral da Defesa da Concorrência no setor portuário.

A terceira seção trata da verticalização e da concentração no setor portuário e a quarta seção analisa a problemática da armazenagem portuária da *APM Terminals* e da Portonave, em Santa

⁷ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). **Transporte marítimo de contêineres e a competitividade das exportações**. Brasília: Confederação Nacional da Indústria, 2018, p. 55.

⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Mercado de serviços portuários**. Brasília: CADE, 2017.

⁹ Esse fato pode ser comprovado pela Agenda Regulatória 2020-2021, relatado pelo Diretor Adalberto Tokarski, que não tratou da temática da defesa da concorrência, apesar das contribuições da USUPORT RJ e da USUPORT Sul nesse sentido. BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. **Relatório**. Processo nº 50.300.005004/2020-20. Diretor Relator: Adalberto Tokarski. Brasília: Antaq, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2U7mmTl>. Acesso em: 22 maio 2020.

Catarina. A quinta seção conclui pela necessidade de uma política de defesa da concorrência mais eficaz por parte da Antaq, assim como da mudança de modelo para regulação preventiva (*ex ante*), com registro e acompanhamento das tarifas e preços portuários, e de maior cooperação com a Autoridade Antitruste, com base na Lei Geral das Agências.

2. Teoria geral da defesa da concorrência no setor portuário

A temática da defesa da concorrência no setor portuário brasileiro é recente, seja porque o setor foi monopólio do Estado, desde o Decreto de abertura dos portos às nações amigas, em 1808, com a vinda da família Imperial, até a edição da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, seja porque, como será demonstrado, ainda não há política eficaz de defesa da concorrência da agência reguladora setorial (Antaq), e de cooperação entre esta e o Cade e os Ministérios Públicos Federal, dos Estados e do Distrito Federal.

Nas últimas décadas, as economias ocidentais promoveram a abertura à iniciativa privada de diversos setores tradicionalmente organizados em torno de monopólios públicos, de modo que inexistia uma lógica concorrencial. Mas tal política começou a mudar. Segundo Nester:

A forte intervenção estatal na economia própria do Estado Social (Estado de Bem-Estar) foi substituída, em maior ou menor grau, por um modelo que privilegia a lógica concorrencial. A atividade de intervenção estatal em sentido estrito (de gestão) foi reduzida em contrapartida ao aumento da intervenção regulatória (ou normativa) (NESTER, 2017, p. 414)¹⁰.

Até a extinção da Portobras, em 1990, pelo ex-Presidente Collor, o setor portuário, que era explorado unicamente para prestação de serviços públicos, passou a despertar atenção no cenário nacional, especialmente com os ventos do neoliberalismo inglês, sob o comando de Margaret Thatcher. Estas políticas econômicas foram centradas na desregulação do setor financeiro, na flexibilização do mercado de trabalho e na privatização das empresas estatais.

No Brasil, o setor portuário sofreu, portanto, profunda modificação, com a inauguração de uma nova fase em matéria de regulação, a partir da autorização legal para a extinção da estatal que era a *holding* do setor – a Empresa de Portos do Brasil S.A – Portobras. Esta estatal controlava as ineficientes companhias docas. Em 1993, houve edição da Lei de Modernização dos Portos, Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que vigorou até a edição da Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012, depois convertida na Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013.

¹⁰ NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (orgs.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Esse ambiente contribuiu para a reforma constitucional iniciada na década de 1990 e da implantação de um modelo de Estado Regulador no Brasil. A retirada do Estado das atividades econômicas consideradas ineficientes, como nos setores de telecomunicações, portos e transportes aéreos, chamada no Brasil de *desestatização*, foi desencadeada a partir da Reforma do Estado ocorrida a partir de 1994 – o ano do Plano Real – pelo governo federal.

Antes disso, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a defesa da concorrência foi elevada a princípio fundador da Ordem Constitucional Econômica e, desde então, especialmente após a edição da Lei de Defesa da Concorrência – Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, revogada pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, a tutela desse direito tem aumentado sobremaneira, embora seja tímida no setor portuário e de transporte marítimo, ambos regulados pela Antaq, por meio da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.

Segundo Sampaio:

Paralelamente, observou-se significativa redução do papel do Estado como agente econômico, fruto do Plano Nacional de Desestatização – PND e da reforma administrativa realizada nos anos 90. Esses, por sua vez, são tributários da constatação de que o Estado precisava retirar-se de setores não estratégicos da economia para centrar-se naqueles em que sua presença era mandatória, e no fato de que o modelo de desenvolvimento da infraestrutura nacional baseado no amplo projeto de estatização, especialmente entre os anos 60 e 80, havia dado sinais de esgotamento. Não existiam mais recursos disponíveis para investimento em tecnologia e na expansão da infraestrutura (SAMPAIO, 2013, p, 21)¹¹.

Ao mesmo tempo em que houve a derrocada do Estado de Bem-Estar e o surgimento do Estado Regulador, como planejador e fiscal da atividade econômica a fim de alcançar os objetivos da política, nasceram correntes que, a partir de uma perspectiva neoliberal, defenderam e defendem o aproveitamento das economias de escalas e das concentrações de poder econômico no mercado. Estas reputam-se benéficas para atingir a melhor eficiência alocativa e, por fim, a maior satisfação do destinatário dos serviços, por meio da redução do preço final.

O mercado pode ser compreendido como instituição, ou seja, não apenas como mero instrumento de alocação de recursos econômicos, mas como verdadeiro e eficaz organizador das relações econômicas. Esta é a acepção mais relevante, segundo os economistas, porque considera o mercado como uma instituição regida por regras próprias para determinação de um determinado sistema de preços (STANLAKE *apud* NESTER, 2008)¹².

¹¹ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência**: A atuação do Cade em setores de infraestrutura. Saraiva: São Paulo, 2013.

¹² STANLAKE, George Frederick. **Introdução à Economia**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de;

Para Sampaio:

Existem, nesse mercado, questões relacionadas a limitações de origem natural – nem toda área na costa brasileira está disponível para ser aproveitada como porto marítimo (há uma série de exigências de segurança para atracação de navios, calado etc), assim como se faz necessário um estudo de viabilidade econômica para verificar se o volume de carga a ser transportada justifica os custos a serem incorridos na criação de um novo porto, que constitui um complexo de atividades e infraestrutura que vai muito além dos píeres e instalações de atracação de navios (SAMPAIO, 2013, p, 21)¹³.

A complexidade que envolve os serviços portuários, especialmente aqueles que operam contêiner no longo curso (transporte internacional), porque realizada totalmente por navios de bandeiras estrangeiras que ainda prestam serviços sem outorga de autorização da Antaq e sem regulação econômica (registro e acompanhamento de preços), ao contrário dos modelos norte-americano e chinês, demanda critérios para identificar o mercado relevante, imprescindível para constatar o abuso da posição dominante, que se trata de uma infração da ordem econômica.

A regulação estatal, especialmente a setorial, como no caso do setor portuário, deve buscar um mercado em que predomine a concorrência, porque essa possibilita a transmissão de informação (redução das assimetrias) e a existência de efetiva liberdade de escolha. Assim, a redução de barreiras de entrada para os novos entrantes, deve ser uma das prioridades.

Para Salomão Filho:

a concorrência e não o mercado é o valor institucional a ser protegido. A possibilidade de escolha tem um valor social, que não pode ser negado, devendo ser necessariamente reconhecido pelo Direito. O mercado, por outro lado, não necessariamente leva a esse resultado. É aí que o Estado deve intervir, garantindo a primeira e não o segundo (SALMOÃO FILHO, 2008, p. 38)¹⁴.

A concorrência deve ser regulada para que possa atingir objetivos socialmente adequados, de modo que é relevante a busca por mercados competitivos. Assim, para que haja equilíbrio (difícil) entre mercado e regulação, a concorrência deve ser o objetivo prioritário e a regulação o instrumento necessário para defender a concorrência e para criá-la, caso ainda não exista, ou substituí-la, quando seja impossível sua criação diante da existência de elementos de monopólio natural (ORTIZ, 2004, p. 606)¹⁵.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 418.

¹³ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência: A atuação do Cade em setores de infraestrutura**. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 260.

¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁵ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Princípios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica**. 3. ed. Granada: Comares, 2004.

Destaca-se que a inexistência de uma política de defesa da concorrência no setor portuário tem causado externalidades negativas, como aumento dos custos logísticos, especialmente diante da concentração no mercado de transporte marítimo de contêiner, seja através de fusão de transportadores marítimos, aquisição de terminais (verticalização) ou de alianças, seja através da criação de vários preços aos usuários e terminais secos e molhados, sem controle e acompanhamento da Antaq, com forte impacto negativo nos custos e na eficiência do setor portuário e na logística.

A noção de Estado Regulador está relacionada com o Estado que faz uso dos instrumentos de regulação econômica para dirimir as diferenças entre os agentes do mercado e para promover a concorrência nos setores onde ela se mostrar adequada e desejável, ou seja, deve ser um Estado que planeja, regulamenta e fiscaliza (NESTER, 2008, p. 417)¹⁶.

No caso do setor portuário brasileiro, onde convivem arrendatários e concessionários (portos organizados), de um lado, e autorizatários (terminais privados), de outro lado, assume relevância a discussão sobre a redefinição/fixação das poligonais dos portos organizados. Isso se dá com o aumento da participação dos terminais privados no conjunto de movimentação portuária no Brasil, com o fim da exigência de carga própria para outorga de autorização destes terminais decorrente da revogação do Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008, pelo Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013, alterado pelo Decreto nº 9.048, de 10 de maio de 2017.

Dessa forma, o tema defesa da concorrência é relevante para regular as operações entre terminais públicos (dentro do porto organizado) e privados (fora do porto organizado), assim como as relações entre (i) transportador marítimo e terminal, (ii) terminal e usuário, (iii) terminal e terminal e, inclusive, (iv) entre terminal molhado (arrendatários e instalações portuárias) e porto seco (recinto alfandegado).

O princípio da liberdade de preços tem que ser interpretado sistematicamente, no caso concreto, *cum grano salis* (com certa reserva), com outros princípios, como os da modicidade nos preços e tarifas, defesa do usuário e defesa da concorrência.

Destaca-se que há leis federais suficientes para desenvolver o setor portuário, mas falta resolução para regular o transporte aquaviário, especialmente das empresas estrangeiras de navegação que operam no longo curso e os seus agentes intermediários.

Com a edição de um Regulamento Marítimo de direito e deveres do transportador marítimo,

¹⁶ NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

agentes intermediários e usuários, por meio da Resolução Normativa nº 18, de 26 de dezembro de 2017, a Antaq insiste em não regular o armador estrangeiro, por meio de outorga de autorização, e aplicação de sanções como advertência, multa, suspensão e cassação da outorga.

A agência tem optado por uma política de intervenção mínima e *ex post*, ainda que não tenha uniformidade nas rubricas dos serviços prestados por terminais e transportadores marítimos, assim como não possui acompanhamento eficaz e registro de preços de frete e tarifas dos terminais. Esse modelo prejudica o usuário tendo em vista a concentração e a verticalização no setor.

A assimetria de informação, portanto, é um dos problemas no setor regulado pela Antaq, porque vem permitindo condutas oportunistas, como criação de cobranças sem fato gerador, assim como enriquecimento sem causa, tal como existe na cobrança do serviço de capatazia na importação (THC) pelo transportador marítimo ou seu agente, sem que esses comprovem ao usuário o integral ressarcimento ao terminal portuário, do valor recebido do usuário.

Esse modelo, que consiste em atuar somente pontualmente, quando houver denúncia, ou seja, *ex post*, e não *ex ante*¹⁷, prejudica a efetividade do serviço adequado, porque não há monitoramento dos preços e das tarifas e nem eficácia do poder dissuasório¹⁸, o que fará com que, por exemplo, o transportador marítimo continue operando sem qualquer risco de punição por parte do regulador setorial, na hipótese de causar danos ao usuário ou ao terminal portuário no território brasileiro, por meio das externalidades negativas decorrentes da inexistência de regulação econômica

¹⁷ Nesse sentido, para citar um exemplo, cabe a posição do Diretor Geral da Antaq, Francisval Mendes, em voto na denúncia contra a cobrança da inspeção não invasiva de contêiner – INI (“taxa de scanner”), com base no Parecer Técnico 60 (SEI 0627810): “Uma atuação regulatória dessa envergadura poderia ser justificada diante de um cenário de falha de mercado. Neste caso, no entanto, não se vislumbra concentração de mercado (monopólio) que justifique a alocação de regulação mais intervencionista. Existem possibilidades menos onerosas, ou seja, de menor custo regulatório, como, por exemplo, uma atuação regulatória da ANTAQ *ex post* no controle de abusividades”. (BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq). **Processo nº 50300.007574/2018-03**. Diretor Relator: Francisval Dias Mendes. Brasília: Antaq, 2019. Disponível em: www.antaq.gov.br. Acesso em: 21 out. 2020.

¹⁸ Esse argumento se justifica com base em algumas políticas e normativos editados pela Antaq, dentre os quais: (i) inexistência de controle de outorga de autorização da Antaq o que afasta a possibilidade de suspensão da operação ou cassação da empresa estrangeira de navegação marítima que transporta contêiner, o que se agrava quando a mesma é sócia do terminal portuário, pois permite que cometa abusos, sem possibilidade sanção; (ii) valor das multas que é muito pequeno, quase irrisório, se comparado aos ganhos do transportador marítimo de contêiner, seus agentes intermediários e terminal portuário, quando cometem abusos, tal como se verifica com os valores das sanções da Resolução nº 3.274/2014, da Antaq, aplicada aos portos públicos e instalações portuárias, e da Resolução Normativa nº 18/2017, da Antaq, aplicada às empresas brasileiras e estrangeiras de navegação marítima e aos seus agentes intermediários; (iii) inexistência de registro e acompanhamento dos preços e tarifas cobrados pelos terminais portuários, empresas brasileiras e estrangeiras de navegação marítima e seus agentes marítimos; (iv) assimetria de informação da maior parcela dos usuários em relação aos prestadores de serviços (terminais, transportador e agentes), que prejudica especialmente as pequenas e médias empresa (usuários); (v) grau de participação muito pequeno dos usuários, se comparado aos prestadores de serviços, na produção normativa da Antaq e na fiscalização das operações dos terminais, transportadores marítimos e seus agentes intermediários.

eficaz (regulação preventiva).

Esse ambiente possibilita danos como o aumento das distorções no setor portuário, agravadas com a verticalização, assim como cobranças abusivas, reajustes de preços e tarifas muito acima dos custos marginais, criação de serviços sem fato gerador, vez que sem qualquer registro ou autorização da Antaq, e discriminação de preços, dentre outros.

A inexistência de uma política de defesa da concorrência tem causado externalidades negativas, especialmente diante da concentração no mercado de transporte marítimo de contêiner, seja através de fusão de transportadores marítimos, com aquisição de terminais (verticalização) ou de alianças, com forte impacto na logística.

Faltam, portanto, política de defesa da concorrência e uma resolução da Antaq que identifique critérios e metodologias adequadas para identificação da concorrência imperfeita, bem como sanções para infrações da ordem econômica no setor portuário e de transporte aquaviário (porque a operação é em rede e verticalizada)¹⁹. Esses problemas fazem com que usuários, terminais públicos e privados atuem em ambiente assimétrico e fiquem expostos a uma concorrência imperfeita.

3. Verticalização e concentração no setor portuário

O ambiente institucional brasileiro no qual se dá a regulação setorial independente, à luz do *Direito e Desenvolvimento*, ainda permite operações logísticas com uma série de direitos sonogados aos usuários e terminais secos e, especialmente, a violação dos princípios da eficiência²⁰ e da modicidade nos preços e nas tarifas.

A eficiência e a modicidade são condições do serviço adequado, um direito constitucional, nos termos do art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988²¹, regulamentado pelo art. 6º, §1º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995²², que vem sendo sonogado pela agência reguladora setorial.

¹⁹ Sobre o tema: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito Portuário e a Nova Regulação**. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2019.

²⁰ Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]

²¹ 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: [...] II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

²² Art. 6º Toda Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta regulamentação, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

De um lado, temos observado pequenos avanços na segurança jurídica proporcionada pelo Poder Judiciário (pelo menos a partir da 2ª instância) e, especialmente, o STJ, que compreendeu a relevância do papel das agências reguladoras, especialmente acerca do poder normativo por meio de Resolução²³.

Por outro lado, o Congresso Nacional e o Poder Executivo (nos três níveis de governo), ainda estão distantes da eficácia institucional que a teoria regulatória exige para melhorar a *performance* dos setores regulados pelas agências reguladoras setoriais.

Segundo Jerson Kelman, ex-diretor-geral da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), é evidente que a cultura do sistema político tem, historicamente, prejudicado o potencial da regulação setorial independente no Brasil:

Adicionalmente, há uma tendência histórica, observada ao longo das décadas, de escolher os dirigentes mais por lealdade aos caciques políticos locais do que por capacidade técnica. Naturalmente, em todas essas estatais será possível identificar profissionais que atingiram cargos de direção não pela obediência e sim pela competência. Mas, como disse, a tendência tem sido o aparelhamento dessas empresas e a disseminação do empreguismo em políticos fortes e empresas fracas (KELMAN, 2009, p. 158)²⁴.

Obviamente que o relato acima não se limita à eficiência da regulação setorial, mas também à corrupção e ao crime organizado, inclusive nos setores de infraestrutura (Metrô de São Paulo) e de energia, tal como se verifica no maior escândalo de corrupção do mundo ocidental, que envolveu a Petrobras (2014), e nos mostra como as empresas privadas e usuários de serviços regulados ainda estão vulneráveis ao loteamento do Estado por parcela dos políticos sem ética.

A atuação do Cade, responsável pela interpretação e aplicação da Lei Antitruste, é relevante. Assim, objetiva-se contribuir para o desenvolvimento da atividade portuária, através dos principais aspectos que envolvem a regulação econômica do setor, como os princípios da defesa da concorrência, da segurança jurídica (para investidores e usuários), e defesa dos usuários.

Acrescente-se, contudo, que a efetividade de tais princípios é condição necessária, mas não suficiente para o aumento da competitividade do setor. Ademais, esse aumento é uma das principais justificativas da reforma portuária iniciada com a edição da Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012, que culminou com a edição da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013 e do Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013, consideradas as principais normas do novo marco regulatório do

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1.386.994/SC**. Relatora: Min. Eliana Calmon, 5 nov. 2013. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 fev. 2020.

²⁴ KELMAN, Jerson. **Desafios do regulador**. Rio de Janeiro: Synergia, 2009, p. 158.

setor.

Não obstante o debate sobre a competência de controle da concorrência, o princípio da livre concorrência deve ser a regra, de modo que as restrições regulatórias, seja pelo Cade ou pela Antaq, devem ser a exceção.

No que tange à forma de censura (SALGADO, 2005)²⁵, pelo Cade, dos atos regulatórios contrários à concorrência envolve, num primeiro momento, a questão da aplicabilidade da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (revogada pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011) às autoridades.

Tal aplicação deve ser a mais ampla possível, especialmente porque inexistente discriminação entre empresas da administração pública e empresas da iniciativa privada e, os princípios da ordem econômica do art. 170 da Constituição Federal, são aplicados a todos os setores da economia, inclusive cartéis.

Ressalte-se que o Cade tem preenchido, sob a ótica do direito da concorrência, as lacunas regulamentares eventualmente não reguladas pelas agências reguladoras, ou mesmo, substituído normas omissas ou contraditórias que trazem riscos à ordem concorrencial. Nesse sentido, tem sido a jurisprudência do Cade, que tem admitido a competência residual em matéria de regulação (SILVA, 2005)²⁶.

Sobre tal temática de intervenção e investigação do Cade, bem como das condutas anticompetitivas no setor portuário, o próprio órgão revela um panorama, indicando os processos administrativos de sua competência no período compreendido de quase vinte anos:

No período compreendido entre outubro de 1999 e abril de 2017, o Cade julgou dezoito processos administrativos referentes a possíveis práticas de condutas anticompetitivas nos mercados relacionados a serviços portuários: em seis, houve condenação das representadas; dois terminaram com celebração de Termos de Cessação de Conduta – TCC; e os demais dez processos foram arquivados. O quadro 6 detalha cada um desses processos (BRASIL, 2017, p. 53-54)²⁷.

²⁵ A análise da jurisprudência do Cade mostra que é possível que atos contrários à concorrência sejam censurados pelo Conselho, bem como "*expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei caso verifique, na atividade regulatória, uma norma incompatível com os princípios impostos pela concorrência no mercado, posto que é tarefa do Cade identificar os meios para que a concorrência se manifeste, seja qual for a atividade econômica em questão*". SALGADO, Lúcia Helena. Voto na Averiguação preliminar contra o Departamento de Aviação Civil – DAC. SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Direito da Concorrência e Regulação nos serviços públicos. **Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, ano XIX, n. 123, maio/junho, 2005.

²⁶ SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Direito da Concorrência e Regulação nos serviços públicos. **Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, ano XIX, n. 123, maio/junho, 2005.

²⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Mercado de serviços portuários**. Brasília: CADE, 2017.

Abaixo reprodução integral do Quadro 1 desenvolvido pelo Departamento de Estudos Econômicos do Cade.

Quadro 1 – Processos administrativos julgados pelo Cade em mercados de serviços portuários (out/1999-abr/2017)

Processo	Conduta analisada	Segmentos envolvidos	Decisão
08000.001586/1997-74	Limitação à atuação de concorrentes	Praticagem, transporte em lancha	Arquivamento
08012.007443/1999-17	Cobrança de taxas sobre serviços de armazenagem	Armazenagem Alfandegada	Condenação
08012.006144/1999-19	Venda casada de serviços de praticagem e transporte de lancha	Praticagem, transporte em lancha	Arquivamento
08012.005660/2003-19	Limitação à atuação de concorrentes	Movimentação de cargas	Arquivamento
08012.006805/2004-71	Cobrança de taxas sobre serviços de armazenagem	Armazenagem Alfandegada	TCC
08000.024150/1996-27*	Conduta concertada e preços abusivos nos serviços de capatazia	Capatazia	Arquivamento
08012.003967/1999-66*	Cobrança de taxas sobre serviços de armazenagem	Armazenagem Alfandegada	Arquivamento
08000.009391/1997-17	Tabela de preços dos serviços de rebocagem	Rebocagem de navios	Arquivamento
08012.002925/2009-12	Cartel em licitação	Dragagem de portos	Arquivamento
08012.004397/2005-02	Recusa de movimentação de cargas de terceiros	Movimentação de cargas (minérios)	Arquivamento
08012.009690/2006-39	Cobrança de taxas sobre serviços de armazenagem	Armazenagem Alfandegada	TCC
08012.006504/2005-29	Uso exclusivo de terminal de contêineres	Movimentação de cargas	Arquivamento
08700.005326/2013-70	Conduta concertada e criação de barreiras à entrada de concorrentes	Trabalho portuário avulso	Condenação
08012.005422/2003-03	Cobrança de taxas sobre serviços de armazenagem	Armazenagem Alfandegada	Condenação
08012.003824/2002-84	Cobrança de taxas sobre serviços de armazenagem	Armazenagem Alfandegada	Arquivamento
08012.003824/2002-84	Cobrança de taxas sobre serviços de armazenagem	Armazenagem Alfandegada	Condenação
08012.000504/2005-15	Imposição de restrições no acesso a terminais portuários	Transporte de granéis	Condenação
08012.009566/2010-50	Imposição de tabela de preços para transporte de contêineres.	Transporte de contêineres	Condenação

* Arquivado sem julgamento do mérito, com base no reconhecimento de prescrição intercorrente.

Fonte: Departamento de Estudos Econômicos do Cade.

Assim, a busca de uma relação dialógica e cooperativa entre a agência setorial, *in casu*, e o Cade, deve ser a melhor forma para dar efetividade à Lei nº 12.529/2011 no âmbito setorial. Essa articulação pacífica é fundamental, especialmente porque a Lei dos Portos (Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013), bem como a Lei de Ordenação do Transporte Aquaviário (Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997), são leis específicas.

Nesse cenário, a análise da jurisprudência do Cade é pacífica sobre o objeto da regulação dos agentes dos setores regulados, porque podem, ao mesmo tempo, regular as normas da agência reguladora setorial, bem como o direito concorrencial, nos contratos públicos e privados. Assim, um ato de uma agência reguladora pode ser válido do ponto de vista das normas regulatórias, mas não em relação às normas de defesa da concorrência.

Dessa forma, explícito é o poder do Cade como última instância na interpretação e aplicação da Lei nº 12.529/2011, havendo, portanto, relação de complementaridade e cooperação entre tais entidades, mas nunca permitir que a Antaq aguarde *ad eternum* medida de investigação a ser tomada pelo Cade.

Deve-se ressaltar que, seja na Constituição Federal, seja na Lei do Cade, nenhum setor, regulado ou não por agência reguladora setorial, é excepcionado da competência do Cade na defesa da concorrência. Por tal motivo, o legislador inseriu na Lei de criação da Antaq, Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, os artigos 31 e 45²⁸, que incidem sobre os preços dos terminais autorizatários (TUP's) e do transporte aquaviário.

Na mesma linha é a posição do Cade em decisão proferida em 2005, qual seja:

É evidente que a atividade judicante do Cade - que decorre de expressa determinação constitucional, quando determina que a lei reprimirá o abuso do poder econômico (art. 173§ 4º da CR/88) - não pode ficar condicionada à existência ou não de regulação específica para determinada matéria. Certo é que ao Cade não é dado o poder de revisão dos dispositivos emanados do poder regulador, mormente quando tais dispositivos dizem respeito à regulação técnica e econômica de determinado setor. Não é o Cade um 'revisor' de políticas públicas [...]. Entretanto, deparando-se com situações que possam configurar infração à ordem econômica, é dever das autoridades antitruste investigar e julgar tais condutas, nos estritos termos da Lei nº 8.884/94²⁹, de resto em perfeita harmonia com o arcabouço jurídico-institucional vigente. Assim, é irrelevante, para o aplicador do direito antitruste, perquirir se

²⁸ Art.31. A Agência, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso. (...) Art. 45. Os preços dos serviços autorizados serão livres, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, adotando-se nestes casos as providências previstas no art. 31.

²⁹ Revogada pela Lei nº 12.529/2011.

tal ou qual contrato prevêm, expressa ou implicitamente, certa conduta ou atividade, as quais deverão ser analisadas, neste Conselho, sob o prisma da lei da concorrência (BRASIL, 2015)³⁰.

Por tais motivos, segundo Gilberto e Bayeux:

Somente nos casos em que exista imunidade conferida constitucionalmente é que o Cade não teria competência para atuar em questões relacionadas a um setor regulado. Com base na análise regulatória realizada na seção anterior deste artigo, viu-se que essa não é uma hipótese que possa ser aplicada ao setor portuário. A atuação dos diversos sujeitos de direito que atuam nesse mercado está sujeita ao crivo do Cade em questões que digam respeito à matéria concorrencial, o que faz com que mesmo um ato eventualmente válido pelo prisma regulatório pode ainda violar as normas que integram o direito da concorrência. Essa conclusão é reforçada pela própria Lei nº 10.233/2001, que criou a Antaq e estabelece em seu artigo 31 a necessidade de a agência comunicar às autoridades concorrenciais fatos que possam configurar infração à ordem econômica. Isso sinaliza que o legislador optou por não reduzir a esfera de competência do Cade no setor. Trata-se de atividade econômica plenamente sujeita às leis de defesa da concorrência (GILBERTO; BAYEUX, 2013, o. 458-459)³¹.

Vale, portanto, destacar que não cabe ao Cade revisar ou substituir a decisão do regulador que atua no gozo das suas competências. Isso se dá, mesmo que, na visão do Cade, a regulação seja mal elaborada e, por isso, propicie a criação de cenários anticoncorrenciais.

Dessa forma, compete ao Cade, em última análise, decidir se houve "*omissão regulatória*" ou "*falha*" da regulação, que permita o exercício de competências residuais pela autoridade concorrencial, com a ressalva da revisão judicial dos atos administrativos conforme permite o direito brasileiro, no caso de abusos (SAMPAIO, 2013, p. 165)³².

4. Armazenagem portuária: APM TERMINALS/MAERSK e PORTONAVE/MSC

A análise da problemática envolvendo os reajustes de tarifas e aumento de preços da armazenagem portuária cobrada por um arrendatário e um autorizatário em importante mercado relevante da operação de contêineres pode ser útil para compreender melhor a eficácia da defesa da concorrência no setor portuário. Assim o estudo visa apresentar elementos para uma compreensão quanto à prestação do serviço público e de interesse público no que tange à efetividade da modicidade

³⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Volume de Processo 13**. Processo administrativo nº 08012.007443/1999-17. Representante: SDE "Ex Officio". Brasília: Cade, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3gGvqYF>. Acesso em: 12 fev. 2017.

³¹ GILBERTO, André Marques; BAYEUX, Álvaro Adelino Marques. Os Aspectos Administrativos e Concorrenciais do Direito Portuário. In: SILVA FILHO, Nelson Cavalcante; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; BAYEUX NETO, José Luiz. (orgs.). **Direito Marítimo e Portuário: Novas Questões**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

³² SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência: A atuação do Cade em setores de infraestrutura**. Saraiva: São Paulo, 2013.

das tarifas e preços, bem como previsibilidade no Direito Portuário.

Essa metodologia pode levar a um panorama mais próximo da realidade do mercado com elementos e dados trazido à tona, percentuais e serviços aplicados no âmbito portuário e como estes influem no custo final ao usuário

A modicidade dos preços e tarifas é tema de grande valia no setor regulatório, porque é estratégico para o acesso do usuário à prestação do serviço público ou de interesse público. Sem a modicidade não há serviço adequado. Assim, visa proporcionar uma tarifa com valor adequado e justo quanto à aplicação do serviço prestado, com manutenção de lucro razoável ao prestador do serviço.

Por tal motivo a modicidade é considerada princípio do Direito Administrativo, assim como os princípios da eficiência e da economicidade, almejados pela Administração Pública, notadamente, a prestação do serviço possui caráter capitalista, sendo um dos seus objetivos auferir lucro. A modicidade é mencionada duas vezes na Lei de criação da Antaq, Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001³³

Por outro lado, a atividade portuária é um serviço público ou de interesse público, logo, a aplicação da tarifa e do preço, respectivamente, deve estabelecer critérios para evitar lucros abusivos ou práticas que ferem a competitividade.

Vale destacar que, quanto à regulação da matéria, o árbitro que promover a fiscalização e a punição, se houver violação da modicidade, não pode ser o usuário ou o prestador do serviço, seja ele concessionário, arrendatário ou autorizatário. É preciso que seja um agente do Estado, imparcial e tecnicamente capacitado para regular a temática.

Por sua vez, quanto à previsibilidade normativa do tema modicidade tarifária, o novo marco regulatório trouxe, de forma categórica, a importância deste instituto no setor portuário. Todavia, o princípio da defesa da concorrência (art. 170, inciso IV, da Constituição Federal) não tem sido observado no setor portuário, o que faz com que seja necessária a intervenção da agência reguladora para coibir o abuso do poder econômico do arrendatário e do autorizatário.

Para tanto, o legislador federal elencou diversos dispositivos que tratam do princípio da

³³ Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário: (...) II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a: a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas; Art. 28. A ANTT e a ANTAQ, em suas respectivas esferas de atuação, adotarão as normas e os procedimentos estabelecidos nesta Lei para as diferentes formas de outorga previstos nos arts. 13 e 14, visando a que: I – a exploração da infra-estrutura e a prestação de serviços de transporte se exerçam de forma adequada, satisfazendo as condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação do serviço, e modicidade nas tarifas.

modicidade tarifária, tal como o art. 6º, da Lei de Concessão dos serviços públicos – Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, acima transcrito.

De igual sorte, a atividade portuária prestada no âmbito das instalações portuárias localizados no porto organizado possui natureza de serviço público, podendo ocorrer diretamente como indiretamente, ou seja, tanto a concessão quanto o arrendamento possuem natureza de serviço público.

a. APM Terminals (Itajaí)

A empresa *APM Terminals* (no momento da celebração do contrato era TECONVI SA) foi a vencedora do processo licitatório de arrendamento do Porto de Itajaí que, por sua vez, firmou contrato nº 030/01 com a Superintendência do Porto de Itajaí, concessionária, em 01 de novembro de 2001.

Dentre as cláusulas previstas no citado contrato de arrendamento que regulam o reajuste tarifário, existe a cláusula vigésima quinta que determina que o reajuste deve ser anual e com base nos Índices de Preços do Mercado (IGP-M), conforme transcrito abaixo:

Cláusula Vigésima-Quinta Do Reajuste dos Valores do Arrendamento

1. Os valores monetários expressos neste CONTRATO serão reajustados anualmente, a partir da data de entrega das Propostas na Licitação da qual se originou este CONTRATO, de acordo com a variação do Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M), calculado pela Fundação Getúlio Vargas (SANTA CATARINA, 2001)³⁴.

Portanto, este é o paradigma de previsibilidade a ser adotado quanto ao reajuste das tarifas portuárias aplicadas aos usuários anualmente. Destaca-se que o contrato prevê a prestação de serviço adequado dentre diversas condições, como a modicidade de preços, a qual atribui a justa correlação entre os encargos do arrendatário e a retribuição dos usuários, conforme a cláusula adiante:

Cláusula Vigésima-Oitava Da Execução das Operações Portuárias e da Prestação do Serviço Adequado.

[...]

2. Os serviços a serem prestados devem observar as condições de regularidade, continuidade, eficiência, atualidade, cortesia na sua prestação e modicidade de preços.

[...]

f) modicidade de preço dos serviços a justa correlação entre os encargos da ARRENDATÁRIA e a retribuição dos usuários (SANTA CATARINA, 2001)³⁵.

O caso da *APM Terminals* é emblemático, pois promove duplamente tarifa abusiva: (i) primeiro por fixar tarifas *ad valorem* sobre o valor CIF (*Cost, Insurance and Freight*) da mercadoria

³⁴ SANTA CATARINA. Superintendência do Porto de Itajaí. **Contrato 030/01**. Contrato de arrendamento nº 30/01 celebrado entre Superintendência do Porto de Itajaí e TECONVI S.A – Terminal de Contêineres do Vale do Itajaí. Itajaí: Superintendência do Porto de Itajaí, 2001.

³⁵ Ibidem.

importada, ou seja, o arrendatário cobra não pelo custo da operação, mas pelo valor da mercadoria. Se já não bastasse, o arrendatário, (ii) aumentou de forma abusiva estes percentuais.

Conforme Tabela 1 abaixo pode-se verificar que os serviços de armazenagem na importação – *tarifas ad valorem*, tabela V, sofreram reajuste entre 119,2% e 734,6% correspondente ao período de 05 (cinco) dias e 10 (dez) dias, respectivamente.

Tabela 1 – Tarifas APM Terminals (2011-2018)

TARIFAS APM – TERMINALS				
IGP-M ACUMULADO NO PERÍODO (01/01/2011 A 01/03/2018) = 47,32%				
SERVIÇO	VALOR 2011 PERÍODO 10 DIAS	VALOR 2018 PERÍODO 05 DIAS	SIMULAÇÃO DE UMA CARGA DE R\$ 100.000,00	% DE AUMENTO 2011-2018
Tabela V - Serviços de Armazenagem - tarifas <i>ad valorem</i> .	0,26% valor da mercadoria.	0,57% valor da mercadoria. Mínimo R\$ 843,00 contêiner/período. 0,32% ao dia 06° ao 12° dia.	2011= R\$ 260,00 2018= R\$ 570,00	119,2%
Tabela V - Serviços de Armazenagem - tarifas <i>ad valorem</i> .	0,26% valor da mercadoria.	06 DIAS = 0,89%	06 DIAS = R\$ 890,00	242,3%
Tabela V - Serviços de Armazenagem - tarifas <i>ad valorem</i> .	0,26% valor da mercadoria.	07 DIAS= 1,21%	07 DIAS= R\$ 1210,00	365,4%
Tabela V - Serviços de Armazenagem - tarifas <i>ad valorem</i> .	0,26% valor da mercadoria.	08 DIAS= 1,53%	08 DIAS= R\$ 1530,00	488,5%
Tabela V - Serviços de Armazenagem - tarifas <i>ad valorem</i> .	0,26% valor da mercadoria.	09 DIAS= 1,85%	09 DIAS= R\$ 1.850,00	611,5%
Tabela V - Serviços de Armazenagem - tarifas <i>ad valorem</i> .	0,26% valor da mercadoria.	10 DIAS= 2,17%	10 DIAS= R\$ 2.170,00	734,6%
IGP-M ACUMULADO NO PERÍODO (TARIFAS APM - TERMINALS A PARTIR 05/11/2018) = 47,32%				
SERVIÇO	VALOR 2011 PARA 10 DIAS	VALOR 05/11/ 2018 PERÍODO 10 DIAS	SIMULAÇÃO DE UMA CARGA R\$ 100.000,00 POR 10 DIAS	% DE AUMENTO 2011-2018
Tabela V - Serviços de Armazenagem - tarifas <i>ad valorem</i> .	0,26% valor da mercadoria.	0,26% valor da mercadoria. Não há mínimo contêiner. A partir 08° dia contêiner/período. 0,11% ao dia. 10 dias = 0,59%	Mínimo	126,9%

Fonte: Elaboração dos autores com base nas tabelas públicas dos citados terminais registradas na Antaq.

Uma análise atual do panorama das tarifas aplicadas pela *APM Terminals*, arrendatária do Porto de Itajaí/SC, indica uma mudança de panorama das políticas tarifárias aplicadas em novembro de 2018, retomando o percentual de 0,26% aplicado em 2011 para 07(sete) dias, e diminuindo o percentual a partir do 08° dia, ou seja, de 0,57% para 05 dias e 0,32% a partir do 6°, diminuiu para

0,26% para 07 dias e 0,11% a partir do 08º dia. Apesar da redução não ser a ideal, verifica-se que o *APM Terminals*, através do Porto de Itajaí, diminuiu os percentuais e valores aplicados (CASTRO JUNIOR; RODRIGUES, 2019)³⁶.

b. Portonave/MSC

A Portonave S/A – Terminais Portuários de Navegantes é um terminal de uso privado localizado no município de Navegantes, no Estado de Santa Catarina. A empresa está localizada na margem esquerda do Rio Itajaí-Açu, e iniciou suas operações em 21 de outubro de 2007. Desde então, tem atuado no mesmo mercado da arrendatária do Porto de Itajaí, localizado na outra margem do citado rio.

O legislador federal pátrio incluiu a incidência nas instalações portuárias, nos termos do art. 3º, inciso II, da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, das diretrizes do setor portuário, dentre as quais a garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, bem como da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários. Determinou, assim, que as garantias da modicidade e da previsibilidade incidam sobre os TUP's.

Assim, em que pese o terminal de uso privado, que é regulado via outorga de autorização, não prestar serviço público, o mesmo é objeto da regulação da Antaq, haja vista que o serviço prestado é de interesse público. Aliás, apesar do terminal de uso privado não precisar homologar o aumento de preço cobrado ao usuário na agência reguladora, o TUP deve respeitar a condição e o princípio da modicidade no preço (privado) e os princípios da defesa da concorrência e do usuário. Cabe, portanto, à Antaq, em cada caso concreto, definir se há violação ao citado princípio.

Sobre esse problema, a análise das tabelas de preços do terminal privado Portonave, publicada entre 01 de janeiro de 2010 e 01 de janeiro de 2019, evidencia que os aumentos de preços de diversos itens de serviços ocorreram em percentual bem superior ao IGP-M do período. Não foram observados critérios que justificassem tais aumentos em determinado período.

Nesse cenário, a análise do aumento dos preços das tabelas de 1 janeiro de 2010 a 1 de janeiro de 2019, mostra que é possível ter uma percepção crítica dos percentuais de aumentos de preços que violam a modicidade, conforme a Tabela 2 a seguir:

Tabela 2 – Aumentos de preços da Portonave (1/1/2010 a 1/1/2019)

³⁶ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; RODRIGUES, Maicon. **Modicidade, Previsibilidade e Defesa da Concorrência no setor Portuário**. Florianópolis: Conceito, 2019.

IGP-M ACUMULADO NO PERÍODO (01/1/2010 A 01/1/2019) = 70,63%				
SERVIÇO	PREÇO 2010: 07 DIAS	PREÇO 2019: 05 DIAS	SIMULAÇÃO DE UMA CARGA DE R\$ 100.000,00	% DE AUMENTO 2010-2019
Armazenagem – Importação	0,20% sobre o valor da CIF Após o 7º dia = 0,30% sobre o valor CIF da carga	0,58% sobre o valor CIF. Mínimo R\$ 830,00 por contêiner 0,33% (dia) sobre o valor CIF da carga	Período 07 dias 2010 = 260,00 2019 = 1240,00	377,00
Armazenagem – Importação			Período 10 dias 2010 = 300,00 2018 = 2.230,00	643,00
SERVIÇO	PREÇO 2010 R\$	PREÇO 2016 R\$	PREÇO 2019 R\$	% DE AUMENTO
Levante de contêiner	45,00	170,00	245,00	444,00
Levante de <i>Flat Rac</i> /OPEN TOP	180,00	617,00	729,00	305,00
Posicionamento para vistoria	150,00	630,00	807,00	438,00
Posicionamento para pesagem	195,00	630,00	701,00	259,00
Inspeção (desunitização + utilização) para mudança.	1.100,00	7.600,00	8.430,00	666,00
Movimentação de liberação DTA	340,00	1.100,00	1.226,00	260,00

Fonte: Elaborado pelos autores a partir das tabelas públicas da Portonave registradas na Antaq.

O IGP-M acumulado entre 1/1/2010 e 1/1/2019, data da divulgação da tabela Portonave, foi de 70,63%. Assim, a comparação com os percentuais aplicados pela Portonave indica que aumentos que chegam a 10 (dez) vezes o IGP-M acumulado no período, tal como o item *inspeção desunitização e utilização para mudança*, que sofreu um aumento de 666 %. Tal valor claramente demonstra uma violação à modicidade dos preços (CASTRO JUNIOR; RODRIGUES, 2019, p. 206-213)³⁷.

Cabe destacar que os terminais de uso privado conquistaram o direito de explorar a movimentação de carga de terceiros, com o advento do novo marco regulatório, o que possibilita maiores investimentos privados e maior oferta de serviços ao usuário.

Apesar disso, os usuários ainda sofrem com as externalidades negativas da falta de regulação econômica eficaz, especialmente pela não efetividade da modicidade nos preços, como se verifica no estudo de caso do terminal de uso privado Portonave.

³⁷ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; RODRIGUES, Maicon. **Modicidade, Previsibilidade e Defesa da Concorrência no setor Portuário**. Florianópolis: Conceito, 2019, p. 206-213.

Não trouxe o citado terminal de uso privado, quaisquer elementos que justificassem os aumentos praticados, o que evidencia afronta à modicidade e, por sua vez, à defesa do usuário e a defesa da concorrência, pelas evidências de abuso de posição dominante, pois possui 36,2% do mercado relevante de contêineres de Santa Catarina (BRASIL, 2020)³⁸. Como se verifica, o terminal efetuou aumentos muito acima do IGP-M acumulado, o que faz com que, tendo em vista a relevância dos custos portuários na logística dos usuários, os seus produtos venham perdendo competitividade.

A concepção da realização de atividade privada decorrente de um serviço de interesse público deve harmonizar a estimulação da livre concorrência, empreendedorismo e o desenvolvimento econômico, onde os interesses privados não afastem o contrato social e o interesse público sobre atividade realizada.

Paulo Márcio da Cruz revela que o novo Contrato Social com o poder público não existe como simples resultante dos interesses privados:

Para a necessidade de um novo Contrato Social, tem-se como ponto de partida a insuficiência do postulado da proeminência da coisa pública: O Poder Público não existe como simples resultante dos interesses privados, mas supõe um pacto social – ou Contrato Social – hígido que preceda e sobrepeça todos os contratos particulares (CRUZ, 2011, p. 38)³⁹.

4.3. Abuso da posição dominante

As externalidades negativas, como imposição de preços predatórios, tal como se dá em relação aos serviços portuários em várias regiões do país, especialmente no mercado de operações com contêineres, inclusive na cobrança de inspeção não invasiva, decorrem sobremaneira de eventual abuso da posição dominante. Nesse sentido, é relevante a transcrição dos seguintes dispositivos da Lei Antitruste:

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.

Nesse passo, a posição dominante é conceituada no seguinte dispositivo do art. 36:

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20%

³⁸ BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq). **Estatístico Aquaviário**. Brasília: Antaq, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ch1S0k>. Acesso em: 28 mar. 2020.

³⁹ CRUZ, Paulo Márcio da. **Da soberania à transnacionalidade**: Democracia, Direito e Estado no século XXI. Itajaí: Univali, 2011.

(vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

A posição dominante existe no caso acima, tendo em vista que as duas empresas movimentam bem mais do que 20% do mercado relevante de operações portuárias de contêineres (unidades de vinte pés cúbicos). Segundo as estatísticas da Antaq, a Portonave movimentou 36,2% e a *APM Terminals* 26,4% TEUS em 2019, ou seja 62,6% do mercado relevante catarinense (BRASIL, 2020)⁴⁰.

Há mais argumentos que comprovam a posição dominante, tal como o Índice *Herfindal Hirschmann* (IHH), que mede a concentração horizontal conforme *Guidelines da Antitrust Division, do Department of Justice* dos Estados Unidos, no mercado relevante de serviços portuários de contêineres em Santa Catarina.

Assim, cabe o seguinte cálculo envolvendo os percentuais de movimentação de contêineres em TEUS da Portonave, Itapoá, APM Terminals e Imbituba em 2018: $(40,30)^2 + (34,48)^2 + (19,50)^2 + (4,7)^2 = 1624,09 + 1253,16 + 380,25 + 22,09 = 3.279,59$. Esse é um índice extremamente alto, se considerado que está bem acima de 2.500 (FRAZÃO, 2017)⁴¹.

O IHH acima de 2500, segundo as diretrizes acima, demonstra que o mercado é altamente concentrado, a exigir urgente intervenção econômica via regulação setorial, isso sem considerar a verticalização. Além dos casos de monopólio e duopólio, Vogel leciona que fatores que potencializam os altos graus de concentração são a subsistência apenas de pequenos rivais e a eliminação do único ou do principal competidor (VOGEL, 2012)⁴².

Ressalte-se que, a posição dominante, quando uma ou mais empresas possuem mais de 20% do mercado relevante, não significa, *per se*, a necessidade de intervenção regulatória. O problema ocorre quando tal concentração efetua conduta abusiva, como a imposição de *excessive prices*, como se verificará adiante.

4.4. Do reajuste abusivo na armazenagem portuária

Mencione-se que a armazenagem portuária teve reajustes muito acima ao acumulado pela inflação. A simulação do valor pago para uma carga de valor CIF R\$ 100 mil armazenada na *APM*

⁴⁰ BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq). **Estatístico Aquaviário**. Brasília: Antaq, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ch1S0k>. Acesso em: 28 mar. 2020.

⁴¹ Conforme: FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴² VOGEL, Louis. **European Competition Law**. Paris: Lawlex, 2012.

Terminals, durante 10 dias, conforme tabelas publicadas no site do citado terminal e registradas na Antaq, apontam um reajuste de 734,6%, ou seja, um aumento de R\$ 260,00 para R\$ 2.170,00 por contêiner, desde 1/01/2011 a 1/03/2018, o que equivale a dezessete vezes o IGP-M acumulado no período.

Nesse mercado, os armadores, especialmente a MSC e Maersk, no mercado mundial e relevante catarinense, passaram então a também dominar a operação portuária além da navegação de longo curso.

Esse problema, decorre em parte, da inexistência de supervisão nos preços cobrados (públicos e privados) e de uma regulação econômica adequada por parte da Antaq, muito debilitada no que tange à defesa da concorrência, pois permite que os terminais possam cobrar valores adicionais dos usuários demonstrando claramente uma concentração de poder.

Isso impede, ainda, o crescimento e o incentivo ao desenvolvimento dos terminais retroportuários alfandegados, cuja função é contribuir para a competitividade da logística, os quais são de tamanha importância para a redução de custos dos usuários, assim como os armadores e os terminais portuários de zona primária.

Conclui-se que não foram observados critérios que justificassem tais aumentos no período acima, revelando que os dois terminais continuam aplicando preços que desestimulam a livre concorrência e prejudicando a competitividade dos produtos brasileiros, agravado pela verticalização e inexistência de regulação econômica eficaz por parte da Antaq.

5. Considerações finais

É inegável que processo evolutivo no âmbito portuário promoveu avanços e investimentos nesse setor, desde a Constituição Federal de 1988, com a abertura de exploração indireta portuária, passando pelo marco regulatório da Lei nº 8.630/1993, até o novo marco regulatório - Lei nº 12.815/2013.

Apesar disso, a apresentação da problemática envolvendo armazenagem portuária cobrada por um arrendatário e por um TUP, demonstrou que, apesar de toda a discussão que envolveu a Reforma Portuária em 2012, com a edição da MP nº 595/2012, ainda não há regulação econômica eficaz, em parte porque inexistente uniformização de rubricas de serviços e de critérios específicos na composição das tarifas e preços.

Existem, portanto, métodos não transparentes no reajuste de tarifas e no aumento dos preços, com percentuais muitas vezes maior do que a inflação acumulada do período, calculadas com base no IGP-M. Além disso, há problema decorrente da falta de padronização de rubricas de serviços.

A regulação setorial independente deve intervir de maneira pontual e tecnicamente significativa nas falhas de mercado e assimetrias fomentando a livre concorrência, e evitando práticas abusivas e aumento arbitrário do lucro.

Paradoxalmente, a política da Antaq é de liberdade de preços sem limite, contudo, a mesma se dá sem combate à concentração e a verticalização, o que tem possibilidade abuso da posição dominante por parte dos conglomerados transnacionais. Segundo, a Antaq, essa regulação demanda provocação por parte do prejudicado, para que a agência setorial possa aplicar sanção e o marco regulatório do setor, especialmente a Resolução nº 3.274/2014, da Antaq. Esse *modus operandi*, qual seja, regulação *ex post* e não *ex ante*, tem sido prejudicial à efetividade do serviço adequado.

Necessária, ainda, é a efetividade da defesa da concorrência na realidade portuária, a fim de proporcionar um ambiente seguro e próspero para a atividade portuária, respeitando os direitos e deveres dos usuários, arrendatários e autorizatários e, visando a efetividade do direito constitucional do serviço adequado.

A regulação do setor portuário precisa fazer com que a livre iniciativa seja interpretada sistematicamente com livre concorrência e o serviço adequado, especialmente a condição da modicidade, o que contribuirá para que o usuário possa dispor de mais ofertas de serviços e, por sua vez, maior possibilidade de melhor serviço com menor preço. Com maior concorrência, reduz-se a concentração da atividade econômica em poucos prestadores de serviços, assim como a possibilidade que estes exerçam o abuso de posição dominante em detrimento do serviço adequado.

A ineficácia de regulação econômica para a defesa da concorrência ocasiona o favorecimento de poucos grupos econômicos portuários e de transporte marítimo no mercado de contêineres e prejuízo à livre concorrência, assim como assimetria de informação e de representação. Esse problema aumenta com a verticalização sem regulação econômica adequada e reflete um paradoxo em face da legislação vigente, qual seja, a Lei nº 13.874/2019, de 20 de setembro de 2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

Desse modo, os dispositivos adiante, da citada norma, demonstram de forma implícita a necessidade de intervenção do Estado Regulador para equilibrar os interesses por meio da efetividade

da defesa da concorrência e das garantias da livre iniciativa, nos termos do art. 4º, incisos I e II, da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019⁴³.

Sugere-se, portanto, uma maior cooperação da Antaq com o Cade, o que tem maior amparo com a edição da Lei das Agências Reguladoras – Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, conforme os arts. 25 a 28, para fins de construção da defesa da concorrência, e da implementação de práticas que resultem em previsibilidade e modicidade das tarifas e preços, condições essenciais do serviço adequado. Uma outra sugestão é o estudo do modelo chinês de regulação portuária (REGULATIONS, 2001)⁴⁴.

Referências

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq). **Estatístico Aquaviário**. Brasília: Antaq, 2020. Disponível em <https://bit.ly/3ch1S0k>. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq). **Processo nº 50300.007574/2018-03**. Diretor Relator: Francisval Dias Mendes. Brasília: Antaq, 2019. Disponível em: www.antaq.gov.br. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. **Relatório**. Processo nº 50.300.005004/2020-20. Diretor Relator: Adalberto Tokarski. Brasília: Antaq, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2U7mmTl>. Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Mercado de serviços portuários**. Brasília: CADE, 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Parecer nº 218/2017/CGAA5/SGA1/SG**. Processo nº 08700.003956/2017-34. Ementa: Ato de Concentração. Lei nº 12.529/2011. Procedimento Sumário. Requerentes: Terminal Investment Limited Sarl e Portonave S.A Terminais Portuários de Navegantes. Aquisição de participação societária. Terminais portuários. Art. 8º, inciso VI, Resolução CADE nº 2, de 29 de maio de 2012. Aprovação sem restrições. Requerentes: Terminal Investment Limited Sarl e Portonave S.A Terminais Portuários de Navegantes. Brasília: CADE, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/36HXpmh>. Acesso em: 22 maio 2020.

⁴³ DAS GARANTIAS DE LIVRE INICIATIVA Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado.

⁴⁴ REGULATIONS of the People's Republic of China on International Ocean Shipping. **Invest in China**. [s. l.], 2001. Disponível em: <https://bit.ly/2MPXWt8>. Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. (CADE). **Volume de Processo 13**. Processo administrativo nº 08012.007443/1999-17. Representante: SDE “Ex Offício”. Brasília: Cade, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3gGvqYF>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1.386.994/SC**. Relatora: Min. Eliana Calmon, 5 nov. 2013. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10 fev. 2020.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; RODRIGUES, Maicon. **Modicidade, Previsibilidade e Defesa da Concorrência no setor Portuário**. Florianópolis: Conceito, 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). **Transporte marítimo de contêineres e a competitividade das exportações**. Brasília: Confederação Nacional da Indústria, 2018.

CRUZ, Paulo Márcio da. **Da soberania à transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no século XXI**. Itajaí: Univali, 2011.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GILBERTO, André Marques; BAYEUX, Álvaro Adelino Marques. Os Aspectos Administrativos e Concorrenciais do Direito Portuário. *In*: SILVA FILHO, Nelson Cavalcante; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; BAYEUX NETO, José Luiz (orgs.). **Direito Marítimo e Portuário: Novas Questões**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

KELMAN, Jerson. **Desafios do regulador**. Rio de Janeiro: Synergia, 2009.

NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 418.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Princípios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica**. 3. ed. Granada: Comares, 2004.

REGULATIONS of the People's Republic of China on International Ocean Shipping. **Invest in China**. [s. l.], 2001. Disponível em: <https://bit.ly/2MPXWt8>. Acesso em: 5 jun. 2020.

SANTA CATARINA. Superintendência do Porto de Itajaí. **Contrato 030/01**. Contrato de arrendamento nº 30/01 celebrado entre Superintendência do Porto de Itajaí e TECONVI S.A – Terminal de Contêineres do Vale do Itajaí. Itajaí: Superintendência do Porto de Itajaí, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência: A atuação do Cade em setores de infraestrutura**. Saraiva: São Paulo, 2013.

SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. Direito da Concorrência e Regulação nos serviços públicos. **Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, ano XIX, n. 123, maio/jun., 2005.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Review of Maritime Transport 2019**. Genebra: UNCTAD, 2019.

VOGEL, Louis. **European Competition Law**. Paris: Lawlex, 2012.

Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência.

The right to data portability: between data protection and competition policy

Paula Pedigoni Ponce¹

RESUMO

O artigo trata do direito à portabilidade de dados enquanto ponto de interface entre os campos da proteção de dados pessoais e concorrência. O artigo desenvolve-se em três seções: (i) na primeira, são tratados como os fundamentos da proteção da autodeterminação informativa e da promoção da concorrência dialogam entre si na formulação do direito à portabilidade de dados pessoais; (ii) em seguida, trata-se do direito à portabilidade enquanto instrumento da regulação de proteção de dados pessoais no Brasil, conforme disciplinado pelo art. 18, inc. V da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018); (iii) por fim, o artigo faz uma análise da portabilidade enquanto medida concorrencial autônoma, principalmente a partir da jurisprudência do Cade. Entende-se que o artigo logrou apresentar como a portabilidade de dados pode ser vislumbrada a partir do direito brasileiro, destacando as nuances de cada um dos campos, entre a proteção de dados e a concorrência.

Palavras-chave: Portabilidade de dados; proteção de dados pessoais; concorrência.

ABSTRACT

The article addresses the right to data portability at the crossroads of data protection and competition. It is composed of three main sections: (i) in the first one, it highlights how the two different grounds for portability interact, namely the informational self-determination and the promotion of competition; (ii) it presents the right to data portability as enacted by the data protection legislation in Brazil (Law n. 13.709/2018); (iii) finally, the article presents alternative competition approaches to data portability, mainly from the perspective of CADE's caselaw. Thus, the article offers an account of data portability in the Brazilian legal system, highlighting the distinctions of each field.

Keywords: Data portability; data protection; competition.

¹ Doutoranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP. E-mail: paula.ponce@usp.br.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Direito à portabilidade de dados pessoais: entre a autodeterminação informativa e a promoção da concorrência; 3. Direito à portabilidade de dados. 3.1. Direito à portabilidade de dados no GDPR. 3.2. Portabilidade de dados na LGPD. 3.2.1. Histórico legislativo. 3.2.2. Dispositivos da LGPD e questionamentos. 4. Portabilidade de dados enquanto medida concorrencial. 4.1. Recusa de contratar e portabilidade de dados. 4.2. Relevância do insumo. 4.3. Justificativa objetiva. 4.4. O caso Google Shopping. 4.5. A portabilidade enquanto remédio. 5. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Em 2008, Randal C. Picker – professor de direito da Universidade de Chicago – escreveu sobre o que seriam os próximos passos do debate sobre competição e privacidade no contexto da Web 2.0. Picker então descreveu um passado próximo onde as autoridades antitruste (a Federal Trade Commission, nos Estados Unidos, e a European Commission, na Europa) olharam para a Microsoft como agente dominante a ser enfrentado na primeira fase do desenvolvimento da Internet (PICKER, 2008). À época, descreveu o seguinte cenário:

O Google domina o mercado atual da Web 2.0. E, como o Windows, a infraestrutura do Google não tem limites óbvios. De fato, o mecanismo do Google é, de muitas maneiras, mais poderoso que o da Microsoft. [...] Os novos intermediários da Web no coração da Web 2.0 têm acesso a um enorme fluxo de dados sobre seus usuários. O Google pode aprender muito sobre meus interesses nas pesquisas que realizo. O Facebook aprende sobre mim enquanto eu construo meu perfil e faço o link para meus amigos. [...] Esses dados são a força vital da Web 2.0 e podem desempenhar um papel igualmente importante à medida que uma infraestrutura de nuvem surge. A publicidade que suporta grande parte do conteúdo da Internet é muito mais valiosa se puder corresponder aos meus interesses reais. A flexibilidade da Web na entrega de conteúdo significa que a publicidade na Web está assumindo cada vez mais a forma de publicidade personalizada ou a chamada publicidade comportamental (PICKER, 2008, p. 3)².

Após esse diagnóstico, Picker concluía que a regulação dos fluxos de dados era a questão regulatória central no contexto da infraestrutura emergente da Internet (PICKER, 2008, p. 3)³. Segundo o autor, movimentos regulatórios anteriores já teriam se encarregado de estabelecer os parâmetros de uso de informações em outros setores – por exemplo, telefonia, bancos e televisão à

² PICKER, Randal C. Competition and Privacy in Web 2.0 and the Cloud. **NULR Online**, n. 125, 28 jun. 2008.

³ *Ibidem*.

cabo. Picker, então, indicava a portabilidade de dados como uma forma de intervenção legal (já utilizada nesses setores mencionados) que capturaria essa interface entre concorrência e privacidade, partindo da ideia que: “*o controle sobre os fluxos de dados afeta a concorrência*” (PICKER, 2008, p. 6)⁴.

Com efeito, em 2020, esse diagnóstico básico parece perdurar – ainda que consideravelmente refinado. Com vários intelectuais e entidades dedicadas ao tema, estudos convergem ao reconhecer que nos encontramos em uma “economia movida a dados”, onde o termo *big data* representa exatamente este cenário de ubiquidade de dados (MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, 2011; OECD; 2014)⁵. Ainda que discordem como e em que grau, estudiosos vêm reconhecendo que a detenção de dados é relevante de uma perspectiva competitiva⁶. Simultaneamente, presencia-se o desenvolvimento de legislações de proteção de dados pessoais, partindo essencialmente de perspectiva de proteção de direitos e liberdades individuais.

Como consequência de regularem um mesmo objeto – isto é, dados – cresce o debate sobre a interface entre o direito concorrencial e a proteção de dados pessoais, no qual a Europa detém posição central⁷. A portabilidade de dados, por sua vez, é exatamente um dos temas que se encontra em referida “fronteira”: trata-se de um dos novos direitos criados pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu (ou GDPR) e foi também incorporado ao rol de direitos dos titulares de dados pessoais da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD).

⁴ PICKER, Randal C. Competition and Privacy in Web 2.0 and the Cloud. **NULR Online**, n. 125, 28 jun. 2008.

⁵ MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. **Big data: the next frontier for innovation, competition and productivity**. [s. l.]: Mckinsey Global Institute, 2011. Disponível em: <https://mck.co/2Y7G95V>. OECD. **Protecting Privacy in a Data-driven Economy: Taking Stock of Current Thinking**. Paris: OECD, 2014.

⁶ Em se tratando de tema amplamente estudado, pode-se citar diversos estudos que buscam compreender os impactos da economia digital na defesa da concorrência. Sob pena de se tornar repetitivo, foram citados somente alguns trabalhos precursores e relevantes nesse sentido, mas é possível enumerar diversos outros que se dedicam ao tema e realizam diagnósticos semelhantes: UNLOCKING digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel. **GOV.UK**. Londres, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/35euzbh>. Acesso em: 9 out. 2019 MORTON, Fiona Scott *et al.* **Report: Committee for the Study of Digital Platforms-Market Structure and Antitrust Subcommittee**. Chicago: George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019; CRÉMER; MONTJOYE, SCHWEITZER, 2019; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. **Competition Law and Data**. [s. l.], 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2Y1EjUp>.

⁷ Vide: EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. **Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy**. Bruxelas, European Data Protection Supervisor, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/37bHNaO>; ZANFIR-FORTUNA; BUTARELLI, Giovanni. This is not an article on Data Protection and Competition Law. **CPI Antitrust Chronicle**, fev. 2019.

Paralelamente, é celebrada como potencial remédio concorrencial no contexto de crescentes discussões sobre as implicações concorrenciais do desenvolvimento da economia movida à dados⁸.

Este artigo tem como objetivo tratar da portabilidade de dados à luz do direito brasileiro. Em um primeiro momento, será explorado como o direito à portabilidade de dados dialoga com os fundamentos da autodeterminação informativa e da promoção da concorrência – colocando-se como um ponto de interface entre os dois campos regulatórios. Em seguida, passa-se a tratar do direito à portabilidade de dados em normas de proteção de dados pessoais, onde o GDPR é recuperado com o objetivo de auxiliar a interpretação do art. 18, inc. V da LGPD. Por fim, o artigo passa a tratar da portabilidade de dados enquanto medida concorrencial, oportunidade na qual apresenta o trabalho de teóricos e traça considerações sobre como a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) sobre as condutas recusa de contratar e de acesso a insumo essencial dialogaria com a portabilidade de dados.

2. Direito à portabilidade de dados pessoais: entre a autodeterminação informativa e a promoção da concorrência

De modo geral, a portabilidade de dados remete à possibilidade de transmissão de dados pessoais de um controlador de dados para outro. Trata-se de direito que emergiu primeiramente com a reforma da regulação europeia de proteção de dados pessoais, em 2012. O direito à portabilidade de dados foi concebido enquanto extensão da autodeterminação informativa⁹ – uma vez que representaria forma de o indivíduo permanecer em controle de forma contínua sobre as informações referentes a si. Em conjunto com os direitos à exclusão, ao acesso e à retificação, a

⁸ Vide: NICHOLAS, Gabriel; WEINBERG, Michael. Silicon Valley's Favorite Idea for Encouraging Competition. *Slate*. Nova Iorque, 14 nov. 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/2UaTjOw>. Acesso em: 31 mar. 2020 e ROSSI, Gus; SLAIMAN, Charlotte. **Interoperability = Privacy + Competition**. Washington, 26 abr. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2Y3N3JI>. Acesso em: 9 out. 2019.

⁹ Esta expressão, sem que se busque esgotar sua definição, deriva de julgado da Corte Constitucional Alemã acerca da coleta de dados pessoais dos cidadãos alemães conforme prevista na Lei do Censo de 1983. Na oportunidade, o tribunal decidiu existir direito autônomo dos titulares a manter o controle sobre seus dados pessoais, como decorrência de um direito geral à personalidade. Tal direito estaria associado à capacidade do titular de autodeterminar se, e em que medida aspectos e informações referentes a sua vida privada poderiam ser compartilhados, assegurando-lhe uma ingerência sobre os fluxos destes. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. **Abstract of the German Federal Constitutional Court's Judgment of 15 December 1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83**. Karlsruhe, Alemanha, 1983. Disponível em: <https://bit.ly/3gQaf6C>. Acesso em: 13 nov. 2019.

portabilidade seria mais uma forma de empoderar o sujeito a exercer efetivo controle sobre como seus dados são tratados, uma vez que este poderia escolher e trocar, sem embaraços, de agente responsável pelo tratamento de seus dados (ZANFIR-FORTUNA, 2012, p. 152)¹⁰.

A nível global, o GDPR representa o primeiro grande esforço de positivação do direito à portabilidade de dados de forma transversal¹¹. O principal fundamento do direito à portabilidade no GDPR é exatamente a autodeterminação informativa, conforme indicado pelo Considerando nº 68 da norma que enuncia a criação do direito à portabilidade de dados e guia sua interpretação. Este começa com a oração “com o objetivo de fortalecer o controle do indivíduo sobre dados referentes a si, o sujeito poderá...”. No mesmo sentido, pode-se destacar as diretrizes relacionadas ao direito à portabilidade emitidas pelo Article 29 Data Protection Working Party (WP29), grupo de trabalho independente responsável por guiar a interpretação da norma. Nesta oportunidade, o WP29 afirmou expressamente a autodeterminação informativa enquanto fundamento central do direito à portabilidade de dados do GDPR, reconhecendo, entretanto, as potenciais implicações concorrenciais do direito:

Enquanto o direito à portabilidade de dados pessoais também pode aumentar a competição entre serviços (ao facilitar as trocas), o GDPR está regulando dados pessoais e não a concorrência. Em particular, o artigo 20 não limita os dados portáveis para aqueles necessários ou úteis para a troca de serviços (ARTICLE 29, 2017, p. 4)¹².

Quanto às implicações concorrenciais da portabilidade, estas derivam da relevância econômica dos dados pessoais. Argumenta-se que se trata de vantagem competitiva – uma vez que a detenção de dados sobre preferências e comportamento do consumidor possibilitariam um *feedback loop*: mais informações importariam em melhorias no serviço, com o aumento de verbas publicitárias do outro lado do mercado, gerando, ainda, maior investimento em qualidade dos

¹⁰ ZANFIR-FORTUNA, Gabriela. The right to Data portability in the context of the EU data protection reform. *International Data Privacy Law*, v. 2, n. 3, p. 149–162, 1 ago. 2012

¹¹ Vale destacar que o GDPR não é a primeira norma a nível europeu a regular o tratamento de dados pessoais, sendo precedido pela Diretiva de Proteção de Dados Pessoais de 1995 (95/46/EC), que já contava com seção destinada aos direitos dos titulares de dados pessoais. Dentre as diversas alterações da norma, as quais não cabe aqui apresentar, alguns desses direitos foram expandidos e novos foram criados – dentre os últimos, a portabilidade de dados. Para uma análise de diferentes iniciativas internacionais de positivação deste direito, ver: PERSONAL DATA PROTECTION COMMISSION OF SINGAPORE, 2019.

¹² ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. *Guidelines on the right to “data portability”*. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>.

Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados [...], Paula Ponce, p.134-176
RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253

serviços, o que, por sua vez, implicaria na detenção de mais dados (OCDE, 2016, p. 10; STUCKE, GRUNES, 2016, p. 175-176)¹³. Nesse sentido, fala-se em *data-driven network effects*: isto é, a ideia que quanto mais usuários utilizam um serviço ou produto, mais atraente este se torna, especialmente em razão das economias escala e escopo relacionadas aos dados coletados (OCDE, 2016, p. 10; STUCKE, GRUNES, 2016, p. 7)¹⁴.

Referidos efeitos de rede, por sua vez, poderiam gerar um efeito de “aprisionamento do consumidor” (*lock in*), à medida que aumentariam os custos de troca dos usuários. Um exemplo ilustrativo é o caso do usuário de um serviço de *streaming* de música, que conta com *playlists* próprias e suas últimas músicas escutadas neste serviço (ARTICLE 29, 2017, p. 5)¹⁵. O fato de “perder” estas informações poderia ser um considerável impeditivo para a sua mudança de serviço, aprisionando-o. O direito à portabilidade de dados, então, possibilitaria a esse usuário mover essas informações para um novo serviço, reduzindo os custos de troca e, portanto, facilitando esta.

A redução dos custos de troca também se relaciona às possibilidades de entrada em determinado mercado (OCDE, 2016, p. 27)¹⁶: quanto mais fácil for trocar de serviço, mais incentivos os usuários teriam para o fazer, passando a utilizar serviços de “entrantes” e mais incentivos estes teriam para inovar. Paralelamente, os serviços incumbentes teriam mais incentivos de manter a qualidade e competitividade de seus produtos – dada a facilidade e potencialidade de entrada e troca.

Assim, logo que o GDPR foi aprovado, alguns analistas já apontaram as possíveis implicações concorrenciais daquele direito, indicando que o seu efetivo impacto posterior na concorrência dependeria da regulamentação daquele direito (BAPAT, 2013, p. 4; ZANFIR-

¹³ OCDE. **Big Data**: Bringing Competition Policy to the Digital Era: Background note by the Secretariat. Paris: OECD, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3dOKZvB>. Acesso em: 9 jun. 2020.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2016.

¹⁴ OCDE. **Big Data**: Bringing Competition Policy to the Digital Era: Background note by the Secretariat. Paris: OECD, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3dOKZvB>. Acesso em: 9 jun. 2020.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2016.

¹⁵ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to “data portability”**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>.

¹⁶ OCDE. **Big Data**: Bringing Competition Policy to the Digital Era: Background note by the Secretariat. Paris: OECD, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3dOKZvB>. Acesso em: 9 jun. 2020.

FORTUNA, 2012, p. 153)¹⁷. Com efeito, em análises posteriores, as potenciais implicações concorrenciais do direito à portabilidade de dados pessoais, especialmente no contexto do GDPR, não deixaram de ser destacadas, com inúmeros autores vendo nela importante interface entre a defesa da concorrência, proteção do consumidor e proteção de dados pessoais (EUROPEAN DATA, 2014, p. 36; OECD, 2016, p. 27; CRÉMER; MONTJOY; HEIKE, 2019, p. 81-82)¹⁸. Todos esses autores, por sua vez, identificaram na regulação de proteção de dados pessoais o fundamento imediato de proteção da autodeterminação informativa, especialmente em face das orientações do WP29, onde as implicações concorrenciais seriam secundárias e dependeriam em larga medida da forma como o direito seria interpretado e aplicado pelas autoridades (EUROPEAN DATA, 2014, p. 36; OECD, 2016, p. 27; CRÉMER; MONTJOY; HEIKE, 2019, p. 82)¹⁹.

Inclusive, alguns autores passaram a apontar uma série de limitações da abordagem de proteção de dados pessoais de uma perspectiva da promoção da concorrência. A começar, em razão de seu próprio objeto, ela não teria a preocupação de garantir os direitos de concorrentes a ter acesso ao dado portado – concedendo tão somente um direito ao titular do dado pessoal de receber seus dados e transmiti-los sem a criação de obstáculos (GERADIN; KUSCHEWSKY, 2013, p. 10)²⁰. De forma semelhante, outros autores criticaram o escopo limitado direito à portabilidade

¹⁷ Por exemplo, Zanfir apresenta brevemente as implicações concorrenciais da portabilidade de dados (ex. redução dos efeitos de aprisionamento) e em seguida afirma que a forma como a relação entre a portabilidade e a concorrência dependerá da regulamentação do tema pela União Europeia: “*Já vimos como a portabilidade de dados está fortemente associada à concorrência e especialmente proteção de dados. Será interessante observar como essa relação será transposta no novo panorama legal proposto pela União Europeia para trazer proteção de dados a essa nova era*”. BAPAT, Anita. The new right to data portability. **Privacy and Data Protection**, v. 13, n. 3, p. 3–4, 2013. ZANFIR-FORTUNA, Gabriela. The right to Data portability in the context of the EU data protection reform. **International Data Privacy Law**, v. 2, n. 3, p. 149–162, 1 ago. 2012. p. 153.

¹⁸ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. **Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy**. Bruxelas, European Data Protection Supervisor, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/37bHNaO>. OCDE. Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era: Background note by the Secretariat. Paris: OECD, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3dOKZvB>. Acesso em: 9 jun. 2020. CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; HEIKE Schweitzer. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019.

¹⁹ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. **Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy**. Bruxelas, European Data Protection Supervisor, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/37bHNaO> CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; HEIKE Schweitzer. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019.

²⁰ GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. **SSRN Electronic Journal**, 12 fev. 2013.

conforme positivado pelo GDPR, especialmente em face das orientações do WP29, que limitaria o direito aos dados fornecidos pelos titulares de dados pessoais e frente à privacidade de terceiros (VANBERG; ÜNVER, 2017, p. 3)²¹. Para o desenvolvimento de concorrentes, seria profícuo o uso de mais dados pessoais que não somente os dados fornecidos e observados, conforme delimitado pelo GDPR.

Neste sentido, vale recuperar estudo realizado no âmbito do Engelberg Center on Innovation Law & Policy, da NYU School of Law, que exportou e anonimizou dados a partir do Download Your Information do Facebook (ferramenta que permite a portabilidade à medida que usuário exporta seus dados de um serviço e faz o *upload* em outro) e as entregou para a comunidade de tecnologia nova-iorquina (NICHOLAS; WEINBERG, 2019)²². Os autores, então, questionaram engenheiros de diversos níveis como usariam os dados obtidos para desenvolver novos produtos para concorrer com o Facebook. Segundo os pesquisadores, os entrevistados indicaram que não conseguiriam recriar uma plataforma concorrente do Facebook ou um concorrente direto, indicando que os dados seriam muitas vezes descontextualizados (por exemplo, teriam acesso à informação “Alan Aaronson comentou na foto de Brandi Barnacle”, mas à foto de Barnacle) e insuficientes para a criação de novas funcionalidades inovadoras (NICHOLAS; WEINBERG, 2019, p. 14)²³.

A crítica mais notória é aquela de Swire e Lagos, estruturada no artigo “Why the right to data portability likely reduces consumer welfare: Antitrust and privacy critique”. Segundo os autores, conforme proposto no GDPR, o direito à portabilidade seria bem mais amplo do que a defesa da concorrência recomendaria, tendo o potencial de reduzir o bem-estar do consumidor – ao invés de o contrário (SWIRE; LAGOS, 2012, p. 349)²⁴. Segundo os autores, a norma não se sustentaria a partir do método de análise das condutas unilaterais, isto é: poder de mercado, conduta

²¹ VANBERG, Aysem Diker; ÜNVER, Melmet Bilal. The right to data portability in the GDPR and EU competition law: odd couple or dynamic duo? **European Journal of Law and Technology**, v. 8, n. 1, 4 mar. 2017.

²² NICHOLAS, Gabriel; WEINBERG, Michael. Silicon Valley’s Favorite Idea for Encouraging Competition. **Slate**. Nova Iorque, 14 nov. 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/2UaTjOw>. Acesso em: 31 mar. 2020.

²³ NICHOLAS, Gabriel; WEINBERG, Michael. **Data Portability and Platform Competition: Is User Data Exported From Facebook Actually Useful to Competitors?** Nova Iorque: Engelberg Center on Innovation Law and Policy, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/373Chak>.

²⁴ SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. **Maryland Law Review**, v. 72, n. 2, p. 335–380, 2013.

exclusionária e exame de eficiências (SWIRE; LAGOS, 2012, p. 350)²⁵. Em primeiro lugar, a medida seria aplicável independente do poder de mercado do agente, criando custos e obrigações para numerosas empresas pequenas e médias, sem gerar um benefício correspondente à concorrência ou ao bem-estar do consumidor (SWIRE; LAGOS, 2012, p. 352)²⁶. Ainda, a regra *per se* não consideraria os efeitos de eficiência dinâmicos – dado que poderia reduzir os ganhos esperados e reduzir os incentivos para a inovação: por exemplo, no caso de um entrante com um plano de negócios baseado no não-compartilhamento de dados do consumidor (SWIRE; LAGOS, 2012, p. 357-358)²⁷.

Ainda que a veemência dessas críticas seja usualmente temperada com condicionantes acerca da forma como o direito seria interpretado e aplicado na Europa (OCDE, 2016, p. 27)²⁸; de fato, a criação de custos de *compliance* para agentes de mercado de todos os portes tem sido apontada como um ponto de atenção desse direito dos titulares de dados pessoais (VANBERG; ÜNVER, 2017, p. 14; CRÉMER; MONTJOY; HEIKE, 2019, p. 81; PERSONAL DATA, 2019, p. 18-19)²⁹. Sem o objetivo de atestar a veracidade das críticas de Swire e Lagos, que parecem ignorar que se trata de regulação alheia à política de defesa da concorrência, buscou-se apresentá-las com o objetivo de demonstrar que, de fato, a promoção da concorrência não poderia ser vista como um fundamento puro do direito à portabilidade de dados conforme positivado em normas de proteção de dados pessoais.

Em um artigo de 2013, Inge Graef e Peggy Valcke, professoras de Concorrência que vem se dedicando ao estudo de mercados digitais, recuperaram afirmação do então encarregado de concorrência da Comissão Europeia, Joaquín Almunia, de que a proposta do direito à portabilidade iria ao coração da política de defesa da concorrência e que só o tempo diria se seria uma questão de regulação [de proteção de dados pessoais] ou de defesa da concorrência (ALMUNIA, 2012,

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ OCDE. **Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era: Background note by the Secretariat**. Paris: OECD, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3dOKZvB>. Acesso em: 9 jun. 2020.

²⁹ PERSONAL DATA PROTECTION COMMISSION OF SINGAPORE. **Discussion paper on Data Portability**. Singapura: Personal Data Protection Commission, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3gVHFAR>. Acesso em: 23 nov. 2019.

apud GRAEF; VALCKE, 2013, p. 6)³⁰. Para elas, tal afirmação assumiria a existência dois potenciais regimes de aplicação da portabilidade. De um lado, a regulação de proteção de dados pessoais, com ou objetivo de fomentar o controle dos titulares sobre seus dados pessoais; de outro, um regime alternativo associado à defesa da concorrência, reconhecido que o *data lock-in* de consumidores poderia ser um problema concorrencial. (GRAEF; VALCKE, 2013, p. 6-8)³¹.

Assim, é possível concluir que, embora o direito à portabilidade – em algum nível – tenha a autodeterminação informativa e a promoção da concorrência como fundamentos comuns, da forma como criado na regulação de proteção de dados pessoais, aquele chega a esbarrar na defesa da concorrência em alguns pontos, sendo possível identificar relevantes limitações em sua aplicação com vistas à promoção da concorrência. Pode-se, então, pensar em remédios concorrenciais alternativos e independentes que também poderiam endereçar as questões de *lock-in* e promover a concorrência e inovação em mercados relacionados a dados – conforme será apresentado na seção 4. De todo modo, pode-se concluir que se trata, efetivamente, de um espaço de interface entre esses dois campos, incluindo, ainda, a proteção do consumidor³².

3. Direito à portabilidade de dados

Apresentados os fundamentos associados ao direito à portabilidade de dados pessoais, este artigo ora se volta para os contornos deste na legislação europeia e brasileira de proteção de dados pessoais. Esclarece-se que o objetivo da análise é fornecer substrato para a interpretação do art. 18,

³⁰ GRAEF, Inge; VERSCHAKELEN, Jeroen; VALCKE, Peggy. Putting the right to data portability into a competition law perspective. **Law: The Journal of the Higher School of Economics, Annual Review**, 1 jan. 2013.

³¹ *Ibidem*.

³² Vale, neste sentido, apresentar a iniciativa da autoridade de proteção de dados da Singapura. Esta, promoveu estudo para avaliar as vantagens e desafios associados à introdução de uma “exigência de promoção de portabilidade de dados” (*data portability requerimento*). O estudo, então, concluiu que se trata de área de sobreposição entre a proteção de dados pessoais e política de defesa da concorrência, de modo que ambas as perspectivas deveriam ser levadas em consideração na sua implementação (PERSONAL DATA, 2019, p. 3-4). Nesse sentido, o objetivo da portabilidade de dados não seria somente o de empoderar o titular de dados pessoais, mas também o de possibilitar maiores fluxos de dados – facilitando o acesso a dados e inovação nos usos de dados, possibilitando novos modelos de negócio e diminuindo as barreiras de entrada onde o dado é um ativo importante para que os concorrentes ofereçam produtos competitivos PERSONAL DATA PROTECTION COMMISSION OF SINGAPORE. **Discussion paper on Data Portability**. Singapura: Personal Data Protection Commission, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3gVHFAR>. Acesso em: 23 nov. 2019.

Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados [...], Paula Ponce, p.134-176
RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253

inc. V da LGPD, de modo que antes da apresentação deste, serão abordados: os elementos centrais do direito no GPDR e o processo legislativo que culminou na atual redação do dispositivo.

3.1. Direito à portabilidade de dados no GDPR

Previsto no Artigo 20 do GDPR e tratado no Considerando 68 daquela norma, o direito à portabilidade possui dois elementos centrais. O primeiro deles é o do sujeito, titular de dados pessoais, receber os dados pessoais fornecidos ao controlador de forma estruturada, em formato usualmente utilizado e “*machine-readable*”. O segundo elemento, por sua vez, é a capacidade do sujeito de transmitir os referidos dados pessoais de um controlador de dados para outro sem a criação de dificuldades. Nesse sentido, o direito à portabilidade representaria uma “*extensão ao direito de acesso*” (BAPAT, 2013, p. 3)³³.

Da mesma forma, o WP29 afirma que se trata de complemento ao direito de acesso, à medida que, no contexto anterior da Diretiva, os titulares teriam seu direito de acesso aos dados pessoais limitado pelo formato de entrega escolhido pelo controlador de dados. Em comparação, o direito de portabilidade facilitaria a capacidade dos titulares de mover, copiar ou transmitir seus próprios dados, fortalecendo seu controle sobre estes – em razão da exigência de formato usualmente utilizado e “*machine-readable*” (ARTICLE 29, 2017, p. 4)³⁴. De todo modo, o WP29 esclarece também que a portabilidade não vale apenas para a transmissão de dados para serviços concorrentes (por exemplo, o titular poderia valer-se deste direito para baixar sua lista de contatos de e-mail com o objetivo de criar uma lista de casamento) (ARTICLE 29, 2017, p. 5)³⁵.

Vale, ainda, tratar do escopo do direito à portabilidade. O Artigo 20 (1)(a) do GDPR prevê que aquele só será válido para dados tratados de forma automatizada a partir das bases legais do consentimento e de necessidade para *performance* de contrato firmado com o titular de dados pessoais. Essa delimitação parece dialogar com a ideia que a portabilidade pressupõe um serviço prestado.

³³ BAPAT, Anita. The new right to data portability. **Privacy and Data Protection**, v. 13, n. 3, p. 3–4, 2013.

³⁴ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to “data portability”**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>.

³⁵ *Ibidem*.

Outra questão adicional é que o Artigo 20 afirma que só os “dados fornecidos” pelos titulares seriam portáveis. Para esclarecer o significado desta expressão, o WP29 recorre à taxonomia da OCDE (2014)³⁶³⁷ que distingue entre dados fornecidos, observados, inferidos e derivados – resumida no quadro abaixo.

Tabela 1 – Taxonomia de dados pessoais

Tipo de dado	Características
Fornecidos	Dados coletados por meio de atuação direta do sujeito, de modo que ele está completamente ciente das ações que originaram os dados. Incluem, por exemplo, dados cadastrais e dados postados.
Observados	Dados coletados por meio de observação das atividades do sujeito, incluindo, por exemplo, informações coletadas via cookies – como logs realizados e o histórico de navegação.
Derivados	Dados gerados a partir de outros dados – tornando-se novos dados relacionados a um indivíduo em particular. Criados a partir de meios mecânicos, a partir do uso de raciocínio e matemática básica para identificação de padrões e criação de classificações. Ainda que possam ser utilizados com fins preditivos, não emprega raciocínio probabilístico.
Inferidos	Produto de processos de análise probabilísticos, a partir da detecção de correlações e categorias utilizadas para a criação de previsões de comportamento. Por exemplo, escore de crédito.

Elaboração própria. Fonte: OCDE, 2014.

Segundo as diretrizes do WP29, a expressão “fornecidos” no texto do GDPR incluiria os dados fornecidos ativamente e também aqueles observados (ARTICLE 29, 2017, p. 10)³⁸. O WP29 concluiu que essa interpretação ampla do termo “fornecidos” seria necessária “*dado os objetivos deste direito*” (ARTICLE 29, 2017, p. 9-10)³⁹. Isto é, o direito à portabilidade somente dos dados estritamente “fornecidos”, nos termos da taxonomia da OCDE, não seria suficiente para garantir a autodeterminação informativa. Assim, ainda que se tenha buscado apresentar os contornos do direito à portabilidade de dados de forma breve, entende-se que essa discussão ressalta a relevância da regulamentação posterior do tema, tendo em vista à operacionalização do direito.

³⁶ OECD. **Protecting Privacy in a Data-driven Economy: Taking Stock of Current Thinking**. Paris: OECD, 2014.

³⁷ Vale registrar que essa taxonomia é próxima daquela proposta pelo Fórum Econômico Mundial, que distinguia entre dados voluntários, observados e inferidos WORLD ECONOMIC FORUM. **Personal Data: The Emergence of a New Asset Class**. Colônia, Suíça: World Economic Forum, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3080zi2>.

³⁸ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to “data portability”**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>.

³⁹ Ibidem.

3.2. Portabilidade de dados na LGPD

Com o objetivo de auxiliar a interpretação do art. 18, inc. V, será brevemente apresentado o processo legislativo que culminou na criação e redação do dispositivo e, em seguida, aspectos centrais do direito serão destacados, bem como algumas dúvidas interpretativas que subsistem.

3.2.1. Histórico legislativo

A LGPD criou o direito à portabilidade de dados pessoais no Brasil, em seu art. 18, inciso V. A lei foi aprovada em 10 de julho de 2018, com a aprovação do PLC nº 53/2018 pelo Senado Federal, após quase dez anos de discussões em torno do tema. Em 2010, foi aberta consulta pública para criação do anteprojeto de Lei para a Proteção dos Dados Pessoais, promovida pelo Ministério da Justiça⁴⁰. Como resultado desta primeira etapa, encerrada em 30 de abril de 2011, de forma simplificada, o texto do anteprojeto da lei ainda não contava com o direito à portabilidade⁴¹.

Em 2015, foi realizada nova consulta pública – esta realizada no contexto do Projeto Pensando o Direito do Ministério da Justiça. Entre 28 de janeiro e 05 de julho de 2015, setores público e privado, academia, cidadãos e organizações não-governamentais ofereceram contribuições em torno dos 52 artigos do texto base proposto do anteprojeto. Com relação aos direitos dos titulares de dados pessoais, o texto base do anteprojeto é semelhante ao texto final da primeira consulta pública, mas uma mudança parece merecer destaque. Na previsão do direito de acesso a cópia dos dados pessoais, pode-se identificar versão embrionária do direito à portabilidade (art. 18, § 3º), na forma de especificação do direito de acesso: “§ 3º O titular poderá solicitar cópia eletrônica integral dos seus dados pessoais em **formato que permita a sua utilização**

⁴⁰ A iniciativa se deu no portal Cultura Digital, por meio de iniciativa do Ministério da Justiça.

⁴¹ Contava com os seguintes direitos. (i) confirmação de existência de tratamento de seus dados; (ii) acesso aos dados; (iii) correção de dados incompletos, inexatos e desatualizados; (iv) dissociação, bloqueio ou cancelamento de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a norma; (v) oposição; e (vi) não estar submetido a decisões automatizadas. Ainda que existam diversas variações, sendo descritos de forma distinta e não estruturada, é possível afirmar que esses seis direitos dos titulares de dados pessoais já estavam previstos na Diretiva 95/46/EC, respectivamente nos seguintes artigos: (i) confirmação de existência de tratamento de seus dados [art. 12(a)]; (ii) acesso aos dados [art. 12(a)]; (iii) correção de dados incompletos, inexatos e desatualizados [art. 6(1)(d) e art. 12(b)]; (iv) dissociação, bloqueio ou cancelamento de dados [art. 12(b)]; (v) oposição [art. 14(a)]; e (vi) não estar submetido a decisões automatizadas [art. 15 e art. 12(a)].

Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados [...], Paula Ponce, p.134-176
RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253

subsequente, inclusive em outras operações de tratamento, sempre que o banco de dados estiver em suporte eletrônico”⁴².

Ao longo da consulta, deve-se destacar as sugestões de três membros da sociedade civil que mencionaram o direito à portabilidade: o Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação (GPOPAI), a entidade Proteste e o Centro de Tecnologia e Sociedade ligado à FGV-Rio (CTS-FGV)⁴³. Em sua contribuição, o GPOPAI afirmou que a privacidade poderia ser entendida “como um elemento de competição”, de modo que o titular de dados pessoais poderia se valer da concorrência para fazer escolhas (GPOPAI, 2015, p. 26)⁴⁴. A sugestão de redação proposta, por sua vez, faz referência ao GDPR, realizando adições nos incisos referentes ao direito de acesso e ao de portabilidade. A Proteste, por sua vez, afirmou brevemente que o direito à portabilidade era necessário para que o indivíduo permanecesse permanentemente na condição de titular de seus dados pessoais (GUIMARÃES, 2015)⁴⁵, sugerindo redação simples ilustrada abaixo.

A contribuição do CTS-FGV foi no sentido de criação de obrigação que o formato de disponibilização dos dados aos titulares fosse interoperável, a qual a entidade argumentou que seria equivalente à criação do direito à portabilidade de dados. Para tanto, ofereceu contribuição fundamentada e baseada na literatura existente, indicando que a medida possibilitaria maior controle dos titulares sob seus dados e também estimularia a concorrência ao reduzir os efeitos de aprisionamento (CTS FGV-Rio, 2015, p. 52-56)⁴⁶. A instituição não chegou a sugerir nova redação, mas, com relação ao art. 18, §3º, afirmou que seria necessário estabelecer critérios mais específicos

⁴² Para informações sobre a iniciativa e texto inicial, ver: ANTEPROJETO de Lei para a Proteção de Dados Pessoais. **Pensando o Direito**. Brasília, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3gW0Avf>. Acesso em: 23 nov. 2019.

⁴³ Para realização dessa análise preliminar, utilizou-se pesquisa preparada pelo *think tank* Internetlab para a identificou em quais contribuições foram mencionadas a criação do direito à portabilidade: INTERNETLAB. **O que está em jogo no debate sobre dados pessoais no Brasil?** Relatório final sobre o debate público promovido pelo Ministério da Justiça sobre o Anteprojeto da Lei de Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: InternetLab, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2XzL2Wn>.

⁴⁴ GPOPAI. **Contribuições à Consulta Pública do Anteprojeto de Lei/APL de Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: GPOPAI, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3gViXk5>.

⁴⁵ GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. **Contribuição à Consulta Pública sobre o Ante-Projeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais instituída pelo Ministério da Justiça**. Rio de Janeiro: Proteste, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3cFmZcW>.

⁴⁶ CTS FGV-RIO. **Contribuição do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV-Rio ao debate público sobre o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: FGV, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3gRguqZ>.

para esse direito, inclusive considerando os ônus criados aos controladores – de modo a evitar obrigações excessivas (CTS FGV-Rio, 2015, p. 54)⁴⁷.

A versão final do texto do Anteprojeto, preparada em colaboração pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) e a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça então, incluiu o direito à portabilidade entre o rol dos direitos dos titulares de dados pessoais – conforme redação transcrita abaixo⁴⁸. Esta, por sua vez, foi convertida no PL nº 5.726/2016, apresentado pelo Executivo à Câmara dos Deputados e – especificamente com relação à portabilidade, o texto do anteprojeto continuou o mesmo (BRASIL, 2016)⁴⁹. A evolução da previsão do direito à portabilidade no contexto da Consulta Pública pode ser observada a seguir:

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ MJ apresenta nova versão do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Brasília, 20 out. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3cF3gdo>. Acesso em: 24 nov. 2019.

⁴⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer do Relator**. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 4060, de 2012, do Dep. Milton Monti. Relator: Deputado Orlando Silva, 24 maio 2018a. Disponível em: <https://bit.ly/2BwotcB>.

Tabela 2 – Direito à portabilidade na consulta pública

Texto Original	Proposta de Redação do Proteste	Proposta de Redação do GpoPai	Versão Final do Anteprojeto/PL nº 5.726/2016
<p>Art. 17: O titular dos dados pessoais tem direito a obter: [...]</p> <p>II – acesso aos dados; [...]</p> <p>Art. 18: [...]</p> <p>§ 3º O titular poderá solicitar cópia eletrônica integral dos seus dados pessoais em formato que permita a sua utilização subsequente, inclusive em outras operações de tratamento, sempre que o banco de dados estiver em suporte eletrônico.</p>	<p>Art. 17: O titular dos dados pessoais tem direito a obter: [...]</p> <p>II – acesso aos dados; [...]</p> <p>VI – portabilidade por interesse do titular ou, sendo por interesse do responsável, ao consentimento prévio.</p>	<p>Art. 17: O titular dos dados pessoais tem direito a obter: [...]</p> <p>II – acesso aos dados, mediante a obtenção de cópia eletrônica, em formato estruturado e padrão aberto, de todos os seus dados pessoais junto ao operador responsável pelo tratamento de seus dados pessoais; [...]</p> <p>V – obter a portabilidade através de transmissão, mediante sua requisição, dos seus dados pessoais para outro fornecedor de serviço ou produto, cuja técnica, modalidade e procedimento poderão ser definidos pelo órgão competente ou por melhores práticas de mercado e, sem prejuízo, de revogar o seu consentimento nos termos do §6º, do artigo 7</p>	<p>Art. 178: O titular dos dados pessoais tem direito a obter: [...]</p> <p>II – acesso aos dados; [...]</p> <p>V – portabilidade, mediante requisição, de seus dados pessoais a outro fornecedor de serviço ou produto;</p> <p>Art. 189: [...]</p> <p>§ 3º Quando o tratamento tiver origem no consentimento do titular ou em um contrato, o titular poderá solicitar cópia eletrônica integral dos seus dados pessoais em formato que permita a sua utilização subsequente, inclusive em outras operações de tratamento.</p>

Durante a tramitação na Câmara dos Deputados, o PL nº 5.726/2016 foi apensado ao PL nº 4060/2012, de autoria do Deputado Milton Monti. Com texto consideravelmente mais desenvolvido, as disposições do primeiro acabaram por formar o texto base. Com relação à portabilidade, na tramitação no Congresso Nacional, foram feitas duas inclusões ao texto do art. 18, inciso V. A primeira delas partiu de Emenda de Plenário nº 9, proposta pelo Deputado Paes Landim, que sugeria a inclusão da expressão “*respeitados os segredos comercial e indústria*” em alguns dos artigos da futura LGPD, dentre eles, o inciso V do art. 18 e o § 3º do art. 19 (BRASIL, 2018)⁵⁰. Outra inclusão relevante foi a previsão que o direito à portabilidade se daria “*de acordo*

⁵⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer do Relator**. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 4060, de 2012, do Dep. Milton Monti. Relator: Deputado Orlando Silva, 24 maio 2018a. Disponível em: <https://bit.ly/2BwotcB>.

com a regulamentação do órgão responsável”, realizada no Substitutivo apresentado pelo Relator da Comissão Especial Orlando Silva, em 24 de maio de 2018 (BRASIL, 2018)⁵¹.

Na rápida tramitação pelo Senado Federal (como PLC nº 53/2018), entre 30 de maio de 2018 e 10 de julho de 2018, o texto referente ao referido inciso do art. 18 não sofreu alterações. A partir de tais alterações legislativas e de ajustes de redação realizados a partir da Medida Provisória nº 869, de 2013 (convertida na Lei nº 13.853, de 2019)⁵², chegamos à redação final da LGPD acerca do direito à portabilidade:

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: [...] V – portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial;

Como se sabe, uma vez aprovada, a LGPD teve alguns de seus artigos vetados pela Presidência da República, notadamente aqueles relacionados à criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD). Com o objetivo de sanar uma potencial inconstitucionalidade de iniciativa, o presidente em exercício Michel Temer expediu a Medida Provisória n. 869/2018 – com novos artigos referentes à ANPD. Como referidos instrumentos legislativos dependem de análise por parte do Congresso Nacional para serem incorporados de forma definitiva ao ordenamento jurídico, a LGPD voltou mais uma vez à análise do Poder Legislativo.

Nesta oportunidade, foram apresentadas 176 emendas à Comissão Mista criada para apreciação da Medida Provisória nº 869/2018. Destas, vale destacar a Emenda de nº 42, de autoria do Deputado Luís Miranda (DEM/DF)⁵³. Nesta, o deputado propunha que o escopo do art. 18, inciso V e, portanto, do direito à portabilidade, fosse melhor delimitado. Segundo o deputado, seria

⁵¹ Vale destacar outra inclusão relacionada à portabilidade realizada nesta oportunidade: o § 7º do artigo 18 que prevê que a portabilidade não incluirá dados já anonimizados pelo controlador. Segundo o Parecer do Relator Orlando Silva acerca do substitutivo apresentado: “Por fim, entendemos não fazer sentido o direito de portabilidade de dados anonimizados já tratados pelo responsável, e por isso excluímos tal possibilidade”.

⁵² Vale registrar o texto anterior à Medida Provisória nº 869/2018, que criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados e alterou alguns artigos da LGPD: “V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e observados os segredos comercial e industrial, de acordo com a regulamentação do órgão controlador”.

⁵³ BRASIL. **Emenda nº 42 apresentada em face da Medida Provisória nº 869/2018**. Comissão Mista destinada a apreciar Medida Provisória nº 869/2018. Relator: Deputado Luís Miranda, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/37ibkjl>. Acesso em: 1 jun. 2020.

importante delimitar o direito à portabilidade aos dados fornecidos e gerados pelo titular de dados pessoais – uma vez que os dados pessoais derivados de atividades de tratamento pelas entidades controladoras seriam protegidos por segredo de negócio. A emenda foi rejeitada pela Comissão Mista, uma vez que não seria necessária, argumentando: “*da leitura do caput do artigo 18 com o inciso V, é indicado claramente que a portabilidade diz a respeito dos dados do próprio titular e não àqueles gerados ou complementados devido a tratamentos realizados pelo controlador.*”⁵⁴

Este exercício de recuperação do processo legislativo da LGPD buscou identificar se o legislador partiu expressamente de algum fundamento, entre a autodeterminação informativa e a proteção da concorrência, para a criação do direito à portabilidade de dados pessoais. Ana Frazão interpreta que se trata de direito que tem como objetivos principais o empoderamento e o reforço da autodeterminação informativa do titular, possibilitando efetivo controle sobre seus dados para os mais diversos fins (2019, p. 40)⁵⁵. Ainda que possamos remeter às sugestões de organismos da sociedade civil no âmbito da consulta pública, as quais chegavam a fazer referência tanto ao controle do indivíduo pelos dados quanto às implicações concorrenciais deste direito, não parece ser possível concluir pela existência de uma intenção clara do legislador de abraçar qualquer um destes fundamentos.

Mais plausível parece ser a influência que a criação deste direito no âmbito do GDPR exerceu por aqui, ainda que seja de difícil comprovação. Ademais, não se pode excluir a hipótese de que a existência de outras experiências de implantação do direito à portabilidade em setores regulados no Brasil, como os setores de saúde suplementar, de telecomunicações e bancário, tenha influenciado o processo de incorporação do direito à LGPD. Nestes setores, por sua vez, existem indicativos preliminares que a portabilidade foi idealizada como medida que tinha a promoção de concorrência entre seus fundamentos (BINOTTO; PONCE, 2019)⁵⁶.

3.2.2. Dispositivos da LGPD e questionamentos

⁵⁴ BRASIL. Congresso Nacional. **Parecer (CN) nº 1, de 2019**. Relator: Deputado Orlando Silva, 7 maio 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/2YgfILy>. Acesso em: 1 jun. 2020

⁵⁵ FRAZÃO, Ana. Direitos básicos dos titulares de dados pessoais. **Revista do Advogado**, v. 144, p. 33–46, nov. 2019.

⁵⁶ BINOTTO, Anna; PONCE, Paula Pedigoni. **Data Portability: lessons from other sectoral experiences**. [s. l.: s. n.], 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2MuVYyb>.

Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados [...], Paula Ponce, p.134-176
RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253

Segundo a LGPD, o titular tem o direito de obter a portabilidade dos dados referentes a si (art. 18, *caput*) a partir de sua requisição expressa (art. 18, inc. V) ao agente de tratamento, ou por meio de representante legalmente constituído (art. 18, § 3º). O controlador de dados, por sua vez, não poderá cobrar pelo processo de portabilidade e deverá atender aos prazos e termos previstos em regulamento (art. 18, § 5º). Durante o cumprimento do processo de portabilidade, por sua vez, o controlador deverá ter em conta os princípios gerais de tratamento de dados pessoais, descritos pelo art. 6º da LGPD, e – dada a natureza deste direito, a garantia dos princípios da segurança e prevenção parece ser prementes (BRASIL, 2018)⁵⁷.

Em caso de impossibilidade de adoção imediata de providência da portabilidade, o controlador enviará ao titular do dado resposta, onde poderá ou: (i) comunicar que não é o agente de tratamento de dados; ou (ii) indicar as razões de fato ou de direito que “impedem a adoção imediata da providência” (art. 18, §4º). A partir da última expressão, é possível interpretar que a portabilidade de dados tratados pelo agente é obrigatória, podendo o processo, no máximo, a partir de razões de fato ou de direito, ser diferido no tempo. De todo modo, o titular tem o direito de peticionar em relação aos seus dados perante a ANPD e organismos de defesa do consumidor (art. 18, §§1º e 8º).

Uma primeira dúvida que usualmente se coloca sobre a portabilidade é no que ela consiste (JANAL, 2017, p. 62; EGAN, 2009, p. 7)⁵⁸. Por exemplo, questiona-se o direito à portabilidade seria um mero direito de acesso aos dados em formato interoperável, que permitisse uso posterior, ou ainda um direito de ter seus dados transferidos diretamente do antigo para o novo provedor de serviço⁵⁹. No GDPR, como apresentado, a portabilidade é colocada como uma extensão ao direito de acesso, onde o titular tem direito a receber os dados pessoais referentes a si de forma estruturada

⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018.

⁵⁸ JANAL, Ruth. Data Portability - A Tale of Two Concepts. **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, n. 1, p. 59–69, 2017.

EGAN, Erin. Charting a Way Forward on Data Portability and Privacy. **Facebook**. Califórnia, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3dBryGL>.

⁵⁹ A diferenciação entre tipo de portabilidade a partir de exportação de dados e *upload* manual pelo titular e de API da plataforma incumbente que permite a transmissão direta para um concorrente (Interface de Programação de Aplicações) é realizada em maior detalhe no estudo do Engelberg Center on Innovation Law and Policy (NICHOLAS, Gabriel; WEINBERG, Michael. **Data Portability and Platform Competition: Is User Data Exported From Facebook Actually Useful to Competitors?** Nova Iorque: Engelberg Center on Innovation Law and Policy, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/373Chak>. pp. 7-8).

em formato interoperável e usualmente utilizado e, posteriormente, o direito a transmitir esses dados para outro controlador sem a criação de impedimentos [Artigo 20(1)]. Já no item subsequente [Artigo 20(2)], o GDPR afirma que o titular de dados pessoais terá o direito de ter seus dados transmitidos diretamente de um controlador a outro, onde for tecnicamente viável. Diante do questionamento se isso implicaria uma obrigação de implementação de sistemas tecnicamente compatíveis, o WP29 indicou que não – mas ressaltou a recomendação que sistemas interoperáveis sejam desenvolvidos (ARTICLE 29, 2017, p. 17)⁶⁰.

A lei brasileira, por sua vez, não cria estrutura tão clara deste direito. Como mencionado, o inciso V adota a saída “fácil” de prescrever “o direito à portabilidade” em detrimento de descrever o que o direito implica – isto é, um direito de ter seus dados transmitidos diretamente ao novo provedor ou direito de acesso a dados interoperáveis. Um desafio adicional, por sua vez, deriva da redação do artigo 19, §3º, que assim versa:

§ 3º Quando o tratamento tiver origem no consentimento do titular ou em contrato, o titular poderá solicitar cópia eletrônica integral de seus dados pessoais, observados os segredos comercial e industrial, nos termos de regulamentação da autoridade nacional, em formato que permita a sua utilização subsequente, inclusive em outras operações de tratamento (BRASIL, 2018)⁶¹.

Ora, trata-se de direito de acesso qualificado – uma vez que obrigatoriamente o dado recebido deve ser em formato que permita a utilização subsequente. A redação, ainda, parece remontar ao direito à portabilidade do GDPR, onde ele também só é limitado às bases legais do consentimento ou contrato (Considerando 68 do GPDR).

Para buscar responder a essa questão, então, pode-se pensar em três hipóteses de interpretação e definição do direito à portabilidade na LGPD: (i) uma em que o art. 19, §3º de fato consubstancie o direito à portabilidade – o que limitaria o seu escopo de aplicação. Como tal artigo sequer chega a mencionar a portabilidade ou o inc. V do art. 18, essa hipótese parece menos provável. Reconhecido que art. 18, inc. V e art. 19, §3º tratam de coisas distintas, isto é, a portabilidade representa mais do que um acesso a dados em formato interoperável, teríamos: (ii)

⁶⁰ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to “data portability”**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>.

⁶¹ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018.

hipótese em que a portabilidade estabelece a obrigação do controlador de transmissão direta dos dados pessoais; (iii) ou, como no GDPR, hipótese em que a portabilidade implicaria na obrigação do controlador de não impor barreiras ao processo de portabilidade iniciado e realizado pelo titular dos dados. Com o esforço de oferecer interpretação sobre o direito à portabilidade na LGPD, Ana Frazão argumenta que as hipóteses (ii) e (iii) seriam possíveis formas de exercício do direito à portabilidade no ordenamento jurídico brasileiro (2019, p. 42)⁶². No mesmo sentido, Daniela Cravo entende que uma interpretação sistemática da norma levaria a esta conclusão (2019, p. 363).⁶³

Assim, subsiste a necessidade de regulamentação do tema, não só com o objetivo de esclarecer no que consiste este direito, mas também para possibilitar sua operacionalização. Afinal, um aspecto central para esta é a definição de padrões e formatos de interoperabilidade que permitam a efetivação deste direito. Trata-se, inclusive, de ponto que mereceu destaque do legislador no art. 40, que expressamente menciona a competência da ANPD para regulamentação desse tema – ponto também apontado como central por Frazão (2019, p. 41)⁶⁴. Temas operacionais como requisitos e prazos máximos também poderiam ser objeto da regulamentação pela ANPD, dada a sua competência ampla para regulamentação da norma, nos termos do inciso V e §5º do art. 18 e inciso VIII do art. 55-J (BRASIL, 2018)⁶⁵.

Um outro ponto que pode ser discutido é o alcance da portabilidade na LGPD, isto é, o questionamento de quais dados seriam portáveis. O *caput* do art. 18 menciona que os direitos dos titulares de dados pessoais serão exercíveis “em relação aos dados do titular” tratados pelo controlador. Embora possa parecer obviedade, essa expressão indica que se trata de portabilidade de dados pessoais do qual o indivíduo é titular. Questiona-se, então, se deveriam ser portáveis todos os dados pessoais do qual o indivíduo é titular. Conforme apresentado na seção 2, o WP29 utilizou tipologia de dados pessoais para limitar o escopo do direito à portabilidade.

⁶² FRAZÃO, Ana. Direitos básicos dos titulares de dados pessoais. **Revista do Advogado**, v. 144, p. 33–46, nov. 2019.

⁶³ CRAVO, Daniela Cravo. O Direito à Portabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados. *In*: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (orgs.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 347–366.

⁶⁴ FRAZÃO, Ana. Direitos básicos dos titulares de dados pessoais. **Revista do Advogado**, v. 144, p. 33–46, nov. 2019.

⁶⁵ “Art. 55-J. Compete à ANPD: [...]”

VIII - estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais, os quais deverão levar em consideração as especificidades das atividades e o porte dos responsáveis”. BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018.

A LGPD oferece dois limites claros, nesse sentido. De um lado, afirma que a portabilidade de dados do inciso V não incluiria dados já anonimizados pelo controlador (art. 18, § 7º). Embora esclarecedor, entende-se que a portabilidade de dados anonimizados não se sustentaria de um ponto de vista conceitual e lógico, dado que o art. 12 da LGPD expressamente indica que dados anonimizados não seriam considerados dados pessoais e não seria possível associar o dado anonimizado ao titular que demandasse a portabilidade.

De outro lado, o próprio inciso V coloca o segredo comercial e industrial como limitação ao direito à portabilidade. Nesse sentido, seria possível argumentar que os dados inferidos e derivados, nos termos da categorização apresentada acima, não possam ser considerados dados pessoais – uma vez que seriam objeto de *expertise* negocial (por meio de algoritmos e softwares próprios) das companhias (GRAEF; HUSOVEC; PURTOVA, 2018, 1374)⁶⁶. Este entendimento parece reforçado a partir das declarações dos deputados membros da Comissão Mista de análise da Medida Provisória nº 869/2018, conforme mencionado antes. De outro lado, é igualmente argumentável que dados pessoais, mesmo que inferidos ou derivados a partir do uso de inteligência artificial, ainda podem gerar direitos para seus titulares – uma vez que seu uso teria potencial impacto em uma pessoa identificável ou identificada (WACHTER; MITTELSTADT, 2018, p. 127)⁶⁷.

Ainda conforme a categoria apresentada, também não há clareza se a portabilidade no contexto brasileiro envolveria os dados fornecidos e observados ou somente os dados fornecidos. Diferentemente do GDPR, a LGPD não chegou a estabelecer categorias de dados limitadas para o tema – valendo lembrar que o Artigo 20 daquela norma previa que os dados fornecidos seriam portáveis e que a orientação do WP29 propôs que a expressão “fornecidos” fosse tratada de forma ampla para também incluir os dados observados. Uma argumentação que parece promissora, é que o silêncio da norma implicaria que todos os dados pessoais do titular seriam portáveis. De forma

⁶⁶ GRAEF, Inge; HUSOVEC, Martin; PURTOVA, Nadezhda. Data portability and data control: Lessons for an emerging concept in EU law. *German Law Journal*, v. 19, n. 6, p. 1359–1398, 2018.

⁶⁷ WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent. **A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI**. Nova Iorque: Social Science Research Network, 5 out. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/30i25OJ>. Acesso em: 4 dez. 2019.

similar, Ana Frazão entende a LGPD só teria afastado do objeto do direito à portabilidade os dados inferidos pelo controlador a partir de meios protegidos pelo segredo de negócio (2019, p. 43)⁶⁸.

Outra questão que por vezes se coloca é como lidar com situações em que os dados portáveis também incluam dados referentes a terceiros (EGAN, 2019; ENGELS, 2016)⁶⁹. Por exemplo, seria o caso de uma fotografia em que aparecem diversas pessoas – permitir a portabilidade desta fotografia por um de seus titulares poderia violar os direitos dos terceiros presentes – trata-se de cenário comum em redes sociais. A leitura do art. 18, inc. V e *caput* não ajuda tanto neste caso, uma vez que o primeiro indivíduo continuaria sendo o titular daquele dado também. O GDPR, à título de comparação, expressamente afirma que o direito à portabilidade não poderá afetar de forma adversa os direitos e liberdades de terceiros [Artigo 20 (4) e Considerando 68]. Como a norma brasileira não chega a lidar com o tema, trata-se de questionamento adicional sobre o escopo dos dados portáveis (CRAVO, 2019, p. 363)⁷⁰.

Por fim, vale também recuperar o inciso XVIII do art. 55-J, que coloca a hipótese de estabelecimento de regimes diferenciado para “microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação”. Ainda, o próprio inciso VIII do mesmo artigo, que prevê que a ANPD poderá estimular a adoção de padrões para serviços e produtos, afirma que esta deverá observar o porte dos responsáveis. Conforme mencionado, muitos teóricos da defesa da concorrência veem no direito a potencial criação de barreira à entrada para novos entrantes. Com essa hipótese legal de regulamentação, a ANPD pode avaliar excepcionar o dever de garantia da portabilidade a agentes de tratamento de dados pessoais de pequeno porte, buscando uma solução regulatória que garanta os fundamentos da autodeterminação informativa, sem incorrer o risco de ser deletéria da perspectiva concorrencial.

⁶⁸ FRAZÃO, Ana. Direitos básicos dos titulares de dados pessoais. **Revista do Advogado**, v. 144, p. 33–46, nov. 2019.

⁶⁹ EGAN, Erin. Charting a Way Forward on Data Portability and Privacy. **Facebook**. Califórnia, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3dBryGL>. ENGELS, Barbara. Data portability among online platforms. **Internet Policy Review**, v. 5, n. 2, 11 jun. 2016.

⁷⁰ CRAVO, Daniela Cravo. O Direito à Portabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (orgs.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 347–366.

Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados [...], Paula Ponce, p.134-176

Conforme já mencionado, o próprio inc. V do art. 18 menciona a regulamentação do direito à portabilidade pela ANPD. A partir dos pontos apresentados, pode-se indicar a relevância de esclarecimentos em torno de ao menos três aspectos essenciais para orientar agentes de tratamento de dados pessoais: informações sobre como o direito à portabilidade deve ser operacionalizado; o escopo dos dados portáveis; e a existência de regime diferenciado para agentes de tratamento de pequeno porte.

4. Portabilidade de dados enquanto medida concorrencial

Como já tratado, a partir dos debates sobre as implicações concorrenciais da detenção de *big data*, a portabilidade passa a ser associada também como um potencial remédio concorrencial. Enquanto instituto da legislação de proteção de dados pessoais, entretanto, teóricos vêm reconhecendo o papel limitado da portabilidade e o tema, então, passa a ser discutido a partir de abordagens alternativas que se apoiam somente na legislação antitruste.

De modo geral, vislumbra-se duas oportunidades em que autoridades concorrenciais poderiam se valer da portabilidade: por oportunidade do controle de estruturas, na discussão de remédios⁷¹; e no controle de condutas, no qual a negativa de acesso a dados poderia ser considerada anticompetitiva e a portabilidade poderia representar remédio. Em razão do escopo limitado do presente artigo, somente a segunda hipótese será tratada – isto é, a possibilidade de enquadramento de restrições à portabilidade como abuso de posição dominante.

Olhando para a Europa, alguns autores argumentam que tal restrição de acesso aos dados poderia ser considerada violação ao Artigo 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, que tipifica o abuso de posição dominante (VANBERG; ÜNVER, 2017, p. 7; BANDA, 2017; GERADIN; KUSCHEWSKY, 2013, p. 8; GRAEF; VALCKE, 2013, p. 7)⁷². Conforme

⁷¹ Por exemplo, ver: ARANZE, Janith. Dutch antitrust watchdog orders first-ever access to data remedy. **Global Data Review**. [s. l.], 2 set. 2019.

⁷² VANBERG, Aysem Diker; ÜNVER, Melmet Bilal. The right to data portability in the GDPR and EU competition law: odd couple or dynamic duo? **European Journal of Law and Technology**, v. 8, n. 1, 4 mar. 2017. BANDA, Carolina. Enforcing Data Portability in the Context of EU Competition Law and the GDPR. Nova Iorque: **Social Science Research Network**, 13 set. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3eUF4p6>. Acesso em: 27 nov. 2019. GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. **SSRN Electronic Journal**, 12 fev. 2013. GRAEF, Inge; VERSCHAKELLEN, Jeroen; VALCKE, Peggy. Putting the right to data portability into a competition law perspective. **Law: The Journal of the Higher School of Economics, Annual Review**, 1 jan. 2013.

Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados [...], Paula Ponce, p.134-176
RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253

argumentado por Graef e Valcke, tal conduta, caso partisse de agente dominante, criaria barreiras à entrada e dificuldades para competidores, encaixando-se na hipótese (b) do referido artigo, de limitação de desenvolvimento técnico e do mercado, em detrimento de consumidores (GRAEF; VALCKE, 2013, p. 7)⁷³. Ainda, as autoras indicaram que como remédio à conduta anticompetitiva, as autoridades antitruste poderiam impor o dever de agentes dominantes a possibilitar a portabilidade de dados. Outros autores, por sua vez, propõem que a negativa de possibilitar a portabilidade seja analisada enquanto recusa de contratar por parte de plataformas digitais (BANDA, 2017, p. 22; VANBERG; ÜNVER, 2017, p. 9)⁷⁴.

Ao analisar o cenário norte-americano, por sua vez, Christopher Yoo é cético sobre a possibilidade de a negativa de portabilidade ser considerada uma conduta unilateral (YOO, 2013, p. 1155)⁷⁵. Segundo o autor, a portabilidade dependeria da padronização de formatos, que pode limitar a funcionalidade dos sistemas e ser perigoso para a privacidade dos indivíduos – as quais seriam justificativas de negócio válidas para a restrição. Além disso, Yoo afirma que a detenção de poder de mercado não criaria em si um desenvolver sistemas interoperáveis, auxiliando rivais, sendo necessário comprovar a ocorrência de conduta exclusionária (YOO, 2013, p. 1157)⁷⁶.

No Brasil, Daniela Cravo escreveu tese de doutorado sobre a portabilidade e analisou, em um dos capítulos da tese, restrições à portabilidade de dados como potenciais condutas anticompetitivas. Sugeriu três possíveis enquadramentos: (i) recusa de negociar; ii) negativa de

⁷³ GRAEF, Inge; VERSCHAKELLEN, Jeroen; VALCKE, Peggy. Putting the right to data portability into a competition law perspective. **Law: The Journal of the Higher School of Economics, Annual Review**, 1 jan. 2013.

⁷⁴ Vale destacar que alguns teóricos apontam o caso de investigação do Google Adwords na Comissão Europeia como um caso de restrição à portabilidade de dados (GERADIN; KUSCHEWSKY, 2013, p. 10; VANBERG; ÜNVER, 2017, p. 12). Vale destacar que se tratava de investigação que ocorreu nos Estados Unidos e Europa sobre restrições ao *multi-homing* (isto é, a possibilidade de utilização de mais um serviço simultaneamente) no API utilizado para campanhas do Adwords. O caso foi arquivado nos Estados Unidos, mas gerou uma condenação na Europa de 1.49 bilhão de euros. Embora a decisão da última não esteja disponível, a leitura do *press release* da Comissão Europeia indica que não se tratava de restrição ao uso dos mesmos dados de campanha em outros sites, mas sim de cláusulas de exclusividade que proibiriam os agentes contratantes de disponibilizar campanhas de busca patrocinada na sua página de resultados do Google (ANTITRUST: Google fined €1.49 billion for online advertising abuse. **European Commission**. Bruxelas, 20 mar. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2BDcTzw>. Acesso em: 28 nov. 2019). O caso também foi alvo de investigação no Brasil, onde também só contava com restrições contratuais – Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Em junho de 2019, o caso foi arquivado uma vez que não se identificou cláusulas contratuais anticompetitivas nos Termos e Condições de APIs analisados, além disso, durante o julgamento, afastou-se a possibilidade dos APIs do Google Adwords serem considerados *essential facilities* (BRASIL, 2019c).

⁷⁵ YOO, Christopher S. When Antitrust Met Facebook. **George Mason Law Review**, v. 19, n. 5, 1 jul. 2012.

⁷⁶ *Ibidem*.

acesso a uma utilidade essencial, a partir da doutrina da *essential facilities*; e (iii) venda casada (CRAVO, 2018, p. 107)⁷⁷. Como outros autores que se dedicaram ao tema, Cravo conclui que a persecução de casos desse tipo depende primordialmente de uma compreensão clara como a detenção de dados se traduz em poder de mercado – conforme debate apresentado na seção 1 (CRAVO, 2018, p. 126; BANDA; 2017, p. 25)⁷⁸.

A partir do trabalho de Cravo (2018)⁷⁹, que buscou mapear potenciais abordagens para a questão da portabilidade a partir da legislação brasileira, esta seção irá apresentar alguns aspectos da jurisprudência do órgão antitruste brasileiro, o Cade, que podem eventualmente iluminar potencial caso envolvendo a recusa de contratar e negativa de acesso a uma utilidade essencial⁸⁰. Assim, em um primeiro momento, serão apresentados os requisitos gerais de configuração das condutas. Em seguida, serão tratados individualmente dois pontos centrais da análise, isto é, as questões da relevância do insumo e de justificativa objetiva, com uma breve análise da decisão do Cade no caso Google Shopping. Por fim, serão traçadas algumas considerações sobre a portabilidade enquanto remédio em caso de conduta anticompetitiva.

4.1. Recusa de contratar e portabilidade de dados

A Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência ou LDC)⁸¹ traz em seu art. 36 as hipóteses de configuração de condutas anticompetitivas, as quais se configuram a partir da produção, ainda que potencial, dos efeitos indicados nos incisos do *caput*, dentre eles, o abuso de posição dominante. O artigo, ainda, traz lista exemplificativa de condutas empresariais que podem

⁷⁷ Cravo argumenta que a restrição à portabilidade poderia ser entendida como venda casada no sentido que o fornecedor só concederia a portabilidade caso ela fosse utilizada em produto ou serviço por si fornecido. De modo que, caso a portabilidade fosse para serviço ou acesso a produto de concorrente, seria negada. CRAVO, Daniela Copetti. **Direito à portabilidade de dados: necessidade de regulação ex ante e ex post. 2018**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

⁷⁸ Ibidem.

BANDA, Carolina. Enforcing Data Portability in the Context of EU Competition Law and the GDPR. Nova Iorque: **Social Science Research Network**, 13 set. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3eUF4p6>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁷⁹ CRAVO, Daniela Copetti. **Direito à portabilidade de dados: necessidade de regulação ex ante e ex post. 2018**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

⁸⁰ Optou-se por não tratar da hipótese de conduta de venda casada pois, além de não existir caso de condenação por venda casada na jurisprudência do Cade, sua estrutura destoava das demais condutas, de modo que o remédio concorrencial em caso de venda casada, seria a separação dos produtos e não o acesso a dados (a portabilidade).

⁸¹ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

(ou não) gerar tais efeitos (art. 36, §3º). Conforme já indicado, o que ora se discute é a possibilidade de a negativa de negociar o acesso a dados, isto é, negativa à portabilidade ser encarada como abuso de posição dominante, portanto, incidindo nos incisos I, II e IV do *caput* do artigo 36. As duas primeiras condutas indicadas por Daniela Cravo podem ser consideradas expressões de conduta recusa de contratar (GONÇALVES, 2008, p. 124)⁸², esta exemplificada no inciso XI do §3º do art. 36.

A recusa de contratar historicamente se relaciona à tese das *essential facilities*, embora não se confundam. A última foi desenvolvida no início do século XX nos Estados Unidos para lidar com casos de monopólios naturais, nos quais a detenção de uma infraestrutura essencial geraria o dever de compartilhar o acesso a ela (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 416)⁸³. Em sua formulação inicial, a doutrina das *essential facilities* dependia da presença de dois requisitos cumulativos: “(a) Na situação de dependência com relação a acesso a certos bens; (b) na impossibilidade de superar esta dependência a partir da construção ou aquisição de bens” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 417). Trata-se, portanto, de situação excepcional em que a dependência de determinado insumo implicaria em interferência direta na liberdade para contratar ou não – isto é, no princípio da livre iniciativa (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 534)⁸⁴.

Existe um reconhecimento que a recusa de contratar prescinde da doutrina das *essential facilities* (OECD, 2007, p. 23; BRASIL, 2019a)⁸⁵. É necessário que o ato de construção ao insumo seja apto a restringir consideravelmente a concorrência. A jurisprudência do Cade sobre recusa de contratar estabelece os seguintes requisitos de configuração:

Assim, neste caso, para se verificar se existe uma infração à ordem econômica, é necessário investigar (i) se houve recusa de venda; (ii) caso constatada a recusa de venda, se existia uma obrigação de fornecimento, por qualquer motivo; (iii) se era razoável a conduta do agente econômico que recusou a venda, do ponto de vista de sua estratégia comercial; (iv) se havia intenção de dominar mercado ou eliminar a concorrência; e (v) quais seriam os efeitos potenciais da conduta (BRASIL, 2016).

⁸² GONÇALVES, Priscila Brolio. **A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

⁸³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ OECD. **Policy Roundtables: Refusals to Deal**. Paris: OECD, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2z4Fbiq>. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo administrativo nº 08700.004201/2018-38. Representante: Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência – SEPRAC. Representado: Banco Bradesco S.A. Nota Técnica no 17/2019/CGAA2/SGA1/SG/CADE, 30 abr. 2019c.

Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados [...], Paula Ponce, p.134-176

RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253

Para exemplificar com um caso concreto, tem-se a investigação em face da Petrobras a partir de denúncia de usina termelétrica a gás natural em Cuiabá, segundo a qual a estatal teria praticado recusa de contratação, discriminação anticompetitiva e impedimento de constituição e funcionamento de entrante no mercado de energia elétrica a gás natural (Inquérito Administrativo nº 08700.009007/2015-04). Em resumo, a representação alegava que a Petrobras teria recusado o fornecimento do gás natural necessário ao funcionamento da usina termelétrica das Representantes, em bases isonômicas e não discriminatórias.

O caso foi arquivado pela Superintendência Geral. Com relação à esta conduta, a SG entendeu que: (i) não estaria comprovada a recusa de fornecimento, uma vez que a ocorrência de diversas tratativas e propostas demonstrariam a disposição da Petrobras em negociar, ainda que não tenham sempre alcançado acordo. Ainda que a anticompetitividade já estivesse afastada, a SG chegou a mencionar como teria sido sua análise com relação aos demais itens, asseverando que: (ii) foi observada uma dependência das Usina com relação ao gás fornecido pela Petrobras; (iii) havia justificativas objetivas para a posição comercial adotada pela Petrobras ao recusar o fornecimento nas condições pleiteadas pela Representante (BRASIL, 2018)⁸⁶.

Entende-se que os dois aspectos centrais da conduta de recusa de contratar são a relevância do insumo discutido e a existência ou não de justificativas objetivas para o não fornecimento ou acesso. Considerando ambos, passa-se a traçar considerações, sem pretender esgotar o tema, que poderiam ser relevantes em eventual análise sobre a conduta de recusa de contratar acerca de acesso a dados.

4.2. Relevância do Insumo

Na seção 1, apresentou-se, brevemente, o contexto do debate sobre as implicações concorrenciais da detenção de dados. Vale, adicionalmente, analisar potenciais argumentos para delimitação se referidos dados poderiam ser entendidos como insumo essencial, onde seria possível

⁸⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Inquérito Administrativo nº 08700.009007/2015-04**. Representante: Empresa Produtora de Energia Ltda. e Gasocidente do Mato Grosso Ltda. Representado: Petróleo Brasileiro S.A. Nota Técnica nº 5/2018/CGAA4/SGA1/SG/CADE, 29 mar. 2018b.

Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados [...], Paula Ponce, p.134-176
RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253

aplicar a referida tese para a condenação de restrições à portabilidade enquanto violadora dos incisos V e XI do §3º do art. 36 da LDC⁸⁷.

Contra essa possibilidade de enquadramento, autores argumentam que, em suma: (i) os dados seriam ubíquos e fáceis de coletar; (ii) dados são bens não exclusivos e não rivais; (iii) dados sozinhos não são suficientes – de modo que os serviços precisam de inovação, qualidade de serviço e algoritmos bem desenvolvidos para alcançar o sucesso competitivo; (iv) e, ainda, não é possível afirmar que dados não são substituíveis, uma vez que – especialmente em mercados digitais, seria possível pensar em inúmeras firmas que conseguiram estabelecer-se sem ter acesso à vantagem competitiva de dados já coletados, a partir de modelos de negócio inovadores e atraentes para os consumidores (SOKOL; COMERFORD, 2016; LAMBRECHT; TUCKER, 2015)⁸⁸.

Ainda que alguns desses argumentos sejam mais questionáveis que outros, a rigidez da doutrina das *essential facilities* e a necessidade de comprovação de dependência absoluta não parece permitir sua aplicação imediata ao caso da detenção de dados. Da jurisprudência do Cade, pode-se recuperar o caso DirecTV/Globo, em que se investigava a recusa da Globo de disponibilizar o sinal de seu canal aberto à DirecTV. Na ocasião, o caso foi arquivado, uma vez que o Cade entendeu que, enquanto o acesso ao canal era inegavelmente uma vantagem competitiva, não se tratava de insumo essencial, isto é, indispensável, para a atuação da DirecTV. Ainda, conforme voto da Conselheira Hebe Romano, a participação razoavelmente estável de mercado da DirecTV ao longo do processo demonstraria que a recusa da Globo não estaria provocando a eliminação ou exclusão da DirecTV do mercado (BRASIL, 2001)⁸⁹.

⁸⁷ “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: [...] § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: [...] V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; [...] XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais”.

⁸⁸ SOKOL, Daniel D.; COMERFORD, Roisin E. Antitrust and Regulating Big Data. *George Mason Law Review*, v. 23, n. 5, 4 set. 2016.

LAMBRECHT, Anja; TUCKER, Catherine E. *Can Big Data Protect a Firm from Competition?* [s. l.: s. n.], 18 dez. 2015.

⁸⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo nº 53500-000359/99**. Representante: TVA Sistema de Televisão S/A. Representada: TV Globo Ltda e TV Globo São Paulo Ltda., 20 jun. 2001.

Assim, tem-se que a recusa de negociar pode prescindir da comprovação da essencialidade do insumo, com a comprovação que a falta de acesso ao insumo teria o potencial de levar ao fechamento de mercado. Para caracterizar em quais situações esse requisito estaria presente, pode-se destacar trecho de Processo Administrativo que investiga discriminação e recusa de contratar por parte de bancos em face do Nubank com relação ao serviço de débito automático. Na Nota Técnica abaixo colacionada, a Superintendência Geral do Cade, após afirmar que a essencialidade de um produto não seria determinante para a configuração da recusa de contratar, indicou alguns aspectos que demonstrariam que o insumo discutido (serviços de débito automático) seria relevante para o desenvolvimento das atividades do Nubank e, portanto, apto a gerar efeitos negativos à livre concorrência:

124. Com tais vantagens para clientes, empresas credoras e instituições financeiras, as diferenças entre o serviço de débito automático e outras opções de pagamento são significativas, e, portanto, nenhuma das outras formas de pagamento seria um substituto de igual qualidade ao débito automático.

125. Sem aprofundar na questão a respeito da essencialidade do serviço, fato é que o débito automático agrega comodidade para o consumidor e, conseqüentemente, valor para o produto que oferta (BRASIL, 2019)⁹⁰.

Assim, a aplicação da recusa de contratar para casos de restrições à portabilidade deverá comprovar ou a essencialidade do dado como insumo ou a sua relevância para o desenvolvimento do negócio – de modo que a restrição de acesso seja apta a levar a cenário de exclusão de concorrentes e fechamento de mercado.

4.3. Justificativas Objetivas

Como já apresentado, a existência de justificativas comerciais objetivas afasta o caráter anticompetitivo de eventual recusa de contratar o acesso a dados. Um ponto relevante, então, é o potencial argumento de impossibilidade técnica de disponibilizar acesso aos dados (YOO, 2013, p. 1155)⁹¹. De modo geral, a jurisprudência do Cade tem reconhecido que haverá maior possibilidade

⁹⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.003187/2017-74**. Representante: Nu Pagamentos S.A.; Representados: Banco do Brasil S.A.; Banco Bradesco S.A.; Caixa Econômica Federal; Itaú Unibanco S.A.; e Banco Santander Brasil S.A. Nota Técnica, 22 abr. 2019b.

⁹¹ YOO, Christopher S. When Antitrust Met Facebook. *George Mason Law Review*, v. 19, n. 5, 1 jul. 2012.

Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados [...], Paula Ponce, p.134-176
RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253

de ilícito de recusa de contratar quando existir um histórico de fornecimento do produto (BRASIL, 2015), apoiando-se em relatório da OCDE, que, por sua vez, afirma:

Entretanto, tribunais e autoridades antitruste têm se mostrado mais dispostas a interferir em recusas de contratar quando existe ou existiu um padrão de fornecimento do produto ou serviço em questão. [...] Nesses casos, os tribunais ou autoridades da concorrência obtêm mais conforto do fato de que (a) é tecnicamente e economicamente factível fornecer o produto ou serviço em questão; (b) é menos provável que exista uma justificativa objetiva para a recusa de contratar e (c) os termos e condições em que o serviço é oferecido fora dessa relação fornecem uma referência que poderia ser utilizada para exigir o fornecimento do serviço pela firma dominante (OECD, 2007, p. 11)⁹².

Assim, vislumbra-se a ressonância de argumento de impossibilidade técnica, isto é, em ocasião onde não existir histórico de fornecimento do produto em questão – ou seja, o acesso a dados. Conforme argumenta Christopher Yoo, a partir do precedente norte-americano do caso Microsoft, não existe uma obrigação de firmas dominantes desenvolverem produtos “interoperáveis”, com o objetivo de auxiliar seus concorrentes. Essa tese, por sua vez, dialoga com o chamado caso Litrão da jurisprudência do Cade (Processo Administrativo nº 08012.006439/2009-65). Neste, decidiu-se que não existe uma obrigação concorrencial de desenhar um produto com o objetivo de auxiliar rivais, a não ser que restem comprovados os efeitos anticompetitivos diretos da prática (BRASIL, 2012)⁹³.

Uma justificativa objetiva adicional contra requerimentos de acesso a dados é a proteção dos dados pessoais eventualmente incluídos no conjunto de dados solicitado (YOO, 2013, p. 1156)⁹⁴. Com efeito, a compatibilidade entre garantia de privacidade dos indivíduos e a

⁹² OECD. **Policy Roundtables: Refusals to Deal**. Paris: OECD, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2z4Fbiq>.

⁹³ “85. Trata-se, aqui, da racionalidade de uma empresa não ser obrigada a passar possíveis novas eficiências, que ela angariou como esforço próprio, aos seus rivais. O que esta Representação requer, portanto, não é propriamente que a AMBEV se abstenha de aumentar os custos de seus rivais, mas sim que ela seja obrigada a cooperar com os seus próprios concorrentes com o intuito de, gratuitamente, gerar-lhes eficiências e facilitar o seu negócio. E isso, salvo eventuais condições excepcionais aqui não verificadas, não é legalmente ou razoavelmente exigido de um agente de mercado. [...]”

87. Conforme reiterado anteriormente, somente se houvesse claros sinais de efeitos anticompetitivos e prejuízos aos consumidores, de evidente incapacidade das concorrentes de rivalizar por meio do lançamento de seus próprios produtos e embalagens, e de uma clara ausência de justificativa racional da AMBEV, poder-se-ia cogitar o grave e excepcional remédio de obrigar uma empresa a cooperar com os seus próprios rivais (BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo nº 08012.006439/2009-65**. Representantes: Associação Brasileira de Bebidas - ABRABE e Cervejaria Kaiser S.A.; Representada: Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV. Voto do Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, 23 maio 2012).

⁹⁴ YOO, Christopher S. When Antitrust Met Facebook. **George Mason Law Review**, v. 19, n. 5, 1 jul. 2012.

portabilidade de dados tem sido colocada como um ponto de atenção por empresas de tecnologia (EGAN, 2019, p. 13)⁹⁵.

O argumento também dialoga com o caso Guiabolso (Processo Administrativo nº 08700.004201/2018-38), ainda sob a análise do Cade, que trata exatamente de restrição ao acesso de dados. A conduta consiste na imposição pelo Bradesco de uma segunda senha aleatória, gerada por *token*, para que seus clientes acessem suas áreas particulares no *internet banking*. Tal exigência difere-se dos demais bancos que, em regra, utilizam as senhas aleatórias apenas no momento em que os clientes executam transações financeiras e não para a mera consulta de suas informações bancárias. O Guiabolso, que se vale das informações dos aplicativos de *internet banking* para apresentar as informações bancárias do usuário de maneira consolidada, argumenta que a restrição de acesso teria caráter anticompetitivo; enquanto o Bradesco alega que ela decorre de preocupações de proteção da privacidade e sigilo bancário de indivíduos. Na Nota Técnica de Instauração do Processo Administrativo, a Superintendência Geral do Cade entendeu que existiriam fortes indícios de conduta anticompetitiva por parte do Bradesco, em suma, pois a justificativa objetiva de proteção da privacidade não se sustentaria em face do consentimento do usuário do Guiabolso e da adoção de medidas de segurança da informação suficientes. Além disso, a SG indicou que se visualizou queda no percentual de usuários do Guiabolso que são clientes do Bradesco após a implementação do *token* (BRASIL, 2019a)⁹⁶.

O caso ainda está sob a análise da Superintendência Geral, mas vale acompanhar como esse julgamento será compatibilizado com o julgamento do caso Litrão – no qual se entendeu que intervenção no design do serviço oferecido seria “grave e excepcional remédio de obrigar uma empresa a cooperar com os seus próprios rivais” só utilizável em casos de claros prejuízos ao consumidor (BRASIL, 2012)⁹⁷.

⁹⁵ EGAN, Erin. Charting a Way Forward on Data Portability and Privacy. **Facebook**. Califórnia, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3dBryGL>

⁹⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo administrativo nº 08700.004201/2018-38**. Representante: Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência - SEPRAC Representado: Banco Bradesco S.A. Nota Técnica nº 17/2019/CGAA2/SGA1/SG/CADE, 30 abr. 2019c.

⁹⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo nº 08012.006439/2009-65**. Representantes: Associação Brasileira de Bebidas - ABRABE e Cervejaria Kaiser S.A.; Representada: Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV. Voto do Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, 23 maio 2012.

4.4. O caso Google Shopping

Por fim, apresentado como a jurisprudência do Cade eventualmente lidaria com um caso de recusa de acesso a dados, vale recuperar como caminho semelhante ao ora apresentado foi efetivamente enfrentado pelo Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia em voto apresentado no caso Google Shopping (BRASIL, 2019c)⁹⁸. O caso investigava conduta anticompetitiva do Google, que estaria se valendo de seu poder no mercado de buscas gerais para alavancar sua atuação no mercado de comparadores de preço. Para tanto, a Superintendência Geral do Cade dividiu as acusações em: (i) posicionamento privilegiado nos resultados de buscas de produtos e (ii) condutas discriminatórias na disponibilização de acesso aos anúncios com fotos – recusando sua contratação a alguns sites rivais.

Ao analisar o último, o Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia buscou aplicar a doutrina do *essential facility* a três “insumos” discutidos por ocasião do processo administrativo: (i) o primeiro desses insumos são os anúncios com fotos e *sub-links*, os quais concluiu que não seriam essenciais pois haveria alta competitividade no mercado de publicidade *online* - com certa substitubilidade na forma de veiculação de diversos anúncios, inclusive com a publicidade *offline* (BRASIL, 2019c, p. 22-24)⁹⁹; (ii) quanto à tese que a 1ª página de resultados do Google seria uma essencial para a aquisição de tráfego por parte dos sites, o Conselheiro Bandeira Maia consignou que os resultados do Google são facilmente substituíveis pelo acesso direto aos sites, bem como a partir da utilização de outras ferramentas de busca ou sites de comparadores de preço; (BRASIL, 2019c, p. 24-26)¹⁰⁰; (iii) e, ainda, o Conselheiro Relator buscou analisar se os dados pessoal dos usuários poderiam ser considerados insumos essenciais (BRASIL, 2019c, p. 26-28)¹⁰¹, trecho que se passa a analisar mais detidamente.

⁹⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19**. Representante: CADE ex officio. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Voto do Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia, 24 jun. 2019e.

⁹⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19**. Representante: CADE ex officio. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Voto do Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia, 24 jun. 2019e.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Idem.

O Conselheiro Bandeira Maia trouxe larga literatura para fundamentar que diferencial da plataforma seria a maneira como é feito o tratamento de dados, e não a detenção dos dados em si – estes sendo bens não-rivais e não-exclusivos (BRASIL, 2019c, p. 27)¹⁰². A capacidade de oferecer resultados atrativos, que gere cliques e conversões de vendas a partir dos anúncios, derivaria do processamento de dados e o valor da utilização de dados pessoais dependeria de cada caso. Além disso, Bandeira Maia argumentou que seria questionável a relevância dos dados pessoais para o mercado de “comparadores de preço”, uma vez que o mais importante nesse segmento seria o fornecimento de muitas opções confiáveis de produtos aos usuários e não necessariamente resultados já personalizados (BRASIL, 2019c, p. 27)¹⁰³. Concluiu, então, que ainda que seja possível encarar a detenção de dados como barreira à entrada, sua caracterização como *essential facility* no mercado de publicidade *online* seria questionável (BRASIL, 2019c, p. 28)¹⁰⁴. Em seguida, o Conselheiro passou a analisar se seria possível identificação de hipótese de “recusa de venda”, oportunidade na qual consignou que se estaria diante de mera incompatibilidade entre os serviços do Google e outros comparadores de preço – o que não seria problemático a partir da jurisprudência do Cade (BRASIL, 2019c, p. 29)¹⁰⁵.

Embora o caso pareça dar bons indicativos sobre como a questão de restrições de acesso a dados pode ser encarada pelo Cade, deve-se destacar que o caso foi arquivado em apertado julgamento 4 a 3, onde o Presidente do Cade fez voto de qualidade, vencidos os Conselheiros Paulo Burnier da Silveira, João Paulo de Resende e Paula Azevedo¹⁰⁶.

¹⁰² Idem.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19**. Representante: CADE ex officio. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Voto do Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia, 24 jun. 2019e.

¹⁰³ Ibidem

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Enquanto o voto do Conselheiro Paulo Burnier assumia não se tratar de insumo indispensável no sentido tradicional da teoria da *essential facilities*, ele indicou que seria clara a relevância do insumo – gerando capacidades e incentivos para a conduta anticompetitiva. O voto da Conselheira Paula de Azevedo, por sua vez, consignou que a *essential facilities* é prescindível para identificação de conduta anticompetitiva, onde bastaria a posição dominante e possibilidade efetiva de fechamento de mercado em razão da conduta, requisitos que estariam presentes no caso, vide: “136. Entretanto, o teste para verificar a ocorrência da potencialidade lesiva atribuída à prática não necessita da constatação de que a página do Google é uma infraestrutura essencial. 137. Tal análise é prescindível, tendo em vista que a alavancagem decorre da posição dominante, e a conseqüente possibilidade de fechamento do mercado não decorre da vedação do acesso à essencialidade da infraestrutura, mas da vedação ao alcance da massa crítica de usuários e anunciantes para os comparadores de preço” (BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa

Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados [...], Paula Ponce, p.134-176

4.5. A portabilidade enquanto remédio

Assim, ao longo desta seção, buscou-se demonstrar quais são os aspectos prementes da jurisprudência do Cade aplicáveis a uma potencial conduta de negativa de acesso a dados. Apresentados estes, vale recuperar que o Cade pode, em caso de identificação de abuso de posição dominante em razão de negativa de portabilidade de dados, determinar a sua adoção como remédio à conduta anticompetitiva – dado que o art. 37, inc.VII estabelece hipótese ampla de intervenção da autoridade com o objetivo de eliminar os efeitos nocivos da conduta à livre concorrência¹⁰⁷.

A opção por remédios deste tipo, entretanto, apresenta uma intervenção direta na livre iniciativa e na autonomia privada, de modo que se deve ter em conta o impacto da medida nos agentes afetados. Conforme colacionado por Colares (2019, p. 163)¹⁰⁸, obrigações de fazer desse tipo podem gerar desestímulo à empresa recusante, que se vê obrigada a fornecer insumos ou serviços a contragosto, bem como incentivos perversos para agentes que sofrem a recusa.

Nesse sentido, há de ressaltar a possibilidade de negociação de termos de compromisso de cessação entre agentes e o Cade, quando o último entender – em juízo de conveniência e oportunidade, que o acordo atende os interesses protegidos por lei (art. 85 da Lei nº 12.529/2011). Nos termos do inciso I do § 1º do art. 85, os agentes podem negociar obrigações específicas no sentido de não praticar a conduta investigada (BRASIL, 2011)¹⁰⁹. Gonçalves (2008, p. 321)¹¹⁰, em pesquisa sobre a obrigatoriedade de contratar, já apontava a saída do Cade em firmar termos de compromisso de cessação em casos de recusa de contratar, tendência que se observou também em

Econômica (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19**. Representante: CADE ex officio Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Voto da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, 30 jul. 2019d).

¹⁰⁷ “Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: [...]

VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”.

¹⁰⁸ COLARES, Pedro Henrique. *Dirigismo Rúptil: Breves Reflexões acerca do Refusal to Deal*. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 7, n. 2, p. 150–170, 27 nov. 2019.

¹⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

¹¹⁰ GONÇALVES, Priscila Broliio. **A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008

Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados [...], Paula Ponce, p.134-176

RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253

casos mais recentes¹¹¹. Considerando que o termo de compromisso de cessação cria uma oportunidade de diálogo mediada pelo Cade entre agente recusada e agente recusante, onde é possível detalhar as obrigações decorrentes da cessação conduta, entende-se que se trata de instrumento para eventual caso de discussão de pedido negado de acesso a dados.

5. Conclusão

Ao longo deste artigo, buscou-se apresentar a portabilidade enquanto ponto de intersecção entre dois campos regulatórios, qual seja, a política de defesa da concorrência e a proteção de dados pessoais. Se, em um primeiro momento, o artigo faz uma revisão teleológica deste direito, explorando os potenciais fundamentos do direito à portabilidade; no segundo momento, ele se volta para análise vertical de como o ordenamento jurídico delimita a ideia de portabilidade a partir dos dois mesmos campos. Por fim, o trabalho conclui que, enquanto remédio concorrencial, a portabilidade de dados teria natureza e alcance bem distintos de sua aplicação na regulação de proteção de dados pessoais.

Referências

ANTEPROJETO de Lei para a Proteção de Dados Pessoais. **Pensando o Direito**. Brasília, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3gW0Avf>. Acesso em: 23 nov. 2019.

ANTITRUST: Google fined €1.49 billion for online advertising abuse. **European Commission**. Bruxelas, 20 mar. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2BDcTwz>. Acesso em: 28 nov. 2019.

ARANZE, Janith. Dutch antitrust watchdog orders first-ever access to data remedy. **Global Data Review**. [s. l.], 2 set. 2019.

¹¹¹ Sem o objetivo de apresentar lista exaustiva, tem-se: Requerimento nº 08700.001323/2018-72 (Proponente: B3 S.A. – Brasil, Bolsa, Balcão, firmado no âmbito do Inquérito Administrativo nº 08700.002656/2016-57); Requerimentos nº 08700.001844/2017-49 e 08700.00003614/2017-14 (Proponentes, respectivamente: Banco Itaú Unibanco S.A. e Hipercard Banco Múltiplo S.A.; Elo Participações S.A. e Elo Serviços S.A.; firmados no âmbito do Inquérito Administrativo nº 08700.000018/2015-11); Requerimentos nº 08700.003638/2018-54; 08700.005251/2018-32; 08700.005211/2018-91 e 08700.005212/2018-35 (Proponentes, respectivamente: Itaú Unibanco S.A. e Redecard S.A.; Banco do Brasil S.A.; Banco Bradesco S.A.; Cielo S.A., firmados no âmbito do Inquérito Administrativo nº 08700.001860/2016-51).

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to “data portability”**. Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2UfEnyD>. Acesso em: 9 out. 2019.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. **Competition Law and Data**. [s. l.], 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2Y1EjUp>. Acesso em: 16 nov. 2019.

BANDA, Carolina. Enforcing Data Portability in the Context of EU Competition Law and the GDPR. Nova Iorque: **Social Science Research Network**, 13 set. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3eUF4p6>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BAPAT, Anita. The new right to data portability. **Privacy and Data Protection**, v. 13, n. 3, p. 3–4, 2013.

BINOTTO, Anna; PONCE, Paula Pedigoni. **Data Portability: lessons from other sectoral experiences**. [s. l.: s. n.], 2019. Disponível em <https://bit.ly/2MuVYyb>. Acesso em: 4 dez. 2019.

BOJARS, Uldis *et. al.* Social Networks and Data Portability using Semantic Web technologies. [s. l.: s. n.], 2008.

BRASIL. **Emenda nº 42 apresentada em face da Medida Provisória nº 869/2018**. Comissão Mista destinada a apreciar Medida Provisória nº 869/2018. Relator: Deputado Luís Miranda, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/37ibkjl>. Acesso em: 1 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer do Relator**. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 4060, de 2012, do Dep. Milton Monti. Relator: Deputado Orlando Silva, 24 maio 2018a. Disponível em: <https://bit.ly/2BwotcB>. Acesso em: 31 maio 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Parecer (CN) nº 1, de 2019**. Relator: Deputado Orlando Silva, 7 maio 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/2YgfILy>. Acesso em: 1 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Inquérito Administrativo nº 08700.009007/2015-04**. Representante: Empresa Produtora de Energia Ltda. e Gasocidente do Mato Grosso Ltda. Representado: Petróleo Brasileiro S.A. Nota Técnica nº 5/2018/CGAA4/SGA1/SG/CADE, 29 mar. 2018b.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Procedimento Preparatório nº 08700.010730/2015-28**. Representante: VMI Sistemas de

Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados [...], Paula Ponce, p.134-176 RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253

Segurança Ltda. Representado: Nuchtech do Brasil Ltda. Nota Técnica nº 22/2016/CGAA3/SGA1/SG/CADE, 11 jul. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo nº 53500-000359/99**. Representante: TVA Sistema de Televisão S/A. Representada: TV Globo Ltda e TV Globo São Paulo Ltda., 20 jun. 2001.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo nº 08012.006439/2009-65**. Representantes: Associação Brasileira de Bebidas - ABRABE e Cervejaria Kaiser S.A.; Representada: Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV. Voto do Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, 23 maio 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo administrativo nº 08012.010208/2005-22**. Representante: Empresa de Cimentos Liz S.A. (antiga Soeicom S.A. – Sociedade de Empreendimentos Industriais, Comerciais e Mineração). Representada: Intercement Brasil S/A (antiga Camargo Corrêa Cimentos S.A.). Voto da Conselheira Ana Frazão, 24 jun. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.003187/2017-74**. Representante: Nu Pagamentos S.A.; Representados: Banco do Brasil S.A.; Banco Bradesco S.A.; Caixa Econômica Federal; Itaú Unibanco S.A.; e Banco Santander Brasil S.A. Nota Técnica, 22 abr. 2019b.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo administrativo nº 08700.004201/2018-38**. Representante: Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência – SEPRAC. Representado: Banco Bradesco S.A. Nota Técnica nº 17/2019/CGAA2/SGA1/SG/CADE, 30 abr. 2019c.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19**. Representante: CADE ex officio. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Voto da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, 30 jul. 2019d.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19**. Representante: CADE ex officio Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Voto do Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia, 24 jun. 2019e.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. **Abstract of the German Federal Constitutional Court's Judgment of 15 December 1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83**. Karlsruhe, Alemanha, 1983. Disponível em: <https://bit.ly/3gQaf6C>. Acesso em: 13 nov. 2019.

Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados [...], Paula Ponce, p.134-176 RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253

BUTARELLI, Giovanni. This is not an article on Data Protection and Competition Law. **CPI Antitrust Chronicle**, fev. 2019.

COLARES, Pedro Henrique. Dirigismo Rúptil: Breves Reflexões acerca do Refusal to Deal. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 7, n. 2, p. 150–170, 27 nov. 2019.

CRAVO, Daniela Copetti. Direito à portabilidade de dados: necessidade de regulação ex ante e ex post. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

CRAVO, Daniela Cravo. O Direito à Portabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados. *In*: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (orgs.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 347–366.

CRAVO, Daniela Copetti. Portabilidade de dados à la Facebook. **JOTA**. Rio de Janeiro, 9 out. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2XBOD6E>. Acesso em: 7 nov. 2019

CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; HEIKE Schweitzer. **Competition policy for the digital era**. Bruxelas: European Commission, 2019.

CTS FGV-RIO. **Contribuição do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV-Rio ao debate público sobre o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: FGV, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3gRguqZ>. Acesso em: 23 nov. 2019.

EGAN, Erin. Charting a Way Forward on Data Portability and Privacy. **Facebook**. Califórnia, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3dBryGL>. Acesso em: 24 nov. 2019.

ENGELS, Barbara. Data portability among online platforms. **Internet Policy Review**, v. 5, n. 2, 11 jun. 2016.

EUROPEAN COMMISSION. **Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Towards a thriving data-driven economy**. Bruxelas: European Commission, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3cC6Wgf>. Acesso em: 16 nov. 2019.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. **Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy**. Bruxelas, European Data Protection Supervisor, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/37bHNaO>. Acesso em: 4 dez. 2019.

FRAZÃO, Ana. Direitos básicos dos titulares de dados pessoais. **Revista do Advogado**, v. 144, p. 33–46, 2019.

Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados [...], Paula Ponce, p.134-176
RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253

GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. **SSRN Electronic Journal**, 12 fev. 2013.

GILBERT, Dylan. Federal Privacy Legislation Should Not Be Based on Data Ownership. **Public Knowledge**. Washington, 27 jun. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3eRhcTc>. Acesso em: 9 out. 2019.

GONÇALVES, Priscila Brolio. **A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GPOPAL. **Contribuições à Consulta Pública do Anteprojeto de Lei/APL de Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: GPOPAL, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3gViXk5>. Acesso em: 24 nov 2019.

GRAEF, Inge; HUSOVEC, Martin; PURTOVA, Nadezhda. Data portability and data control: Lessons for an emerging concept in EU law. **German Law Journal**, v. 19, n. 6, p. 1359–1398, 2018.

GRAEF, Inge; VERSCHAKELLEN, Jeroen; VALCKE, Peggy. Putting the right to data portability into a competition law perspective. **Law: The Journal of the Higher School of Economics, Annual Review**, 1 jan. 2013.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. **Contribuição à Consulta Pública sobre o Ante-Projeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais instituída pelo Ministério da Justiça**. Rio de Janeiro: Proteste, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3cFmZcW>. Acesso em: 24 nov. 2019.

HERT, Paul de *et al.* The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services. **Computer Law & Security Review**, v. 34, n. 2, p. 193–203, 1 abr. 2018.

INTERNETLAB. **O que está em jogo no debate sobre dados pessoais no Brasil?** Relatório final sobre o debate público promovido pelo Ministério da Justiça sobre o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: InternetLab, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2XzL2Wn>. Acesso em: 23 nov. 2019.

JANAL, Ruth. Data Portability - A Tale of Two Concepts. **Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law**, n. 1, p. 59–69, 2017.

LAMBRECHT, Anja; TUCKER, Catherine E. **Can Big Data Protect a Firm from Competition?** [*s. l.*: *s. n.*], 18 dez. 2015.

LI, Wenlong. A tale of two rights: exploring the potential conflict between right to data portability and right to be forgotten under the General Data Protection Regulation.

International Data Privacy Law, v. 8, n. 4, p. 309–317, 1 nov. 2018.

MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. **Big data: the next frontier for innovation, competition and productivity**. [s. l.]: Mckinsey Global Institute, 2011. Disponível em:

<https://mck.co/2Y7G95V>. Acesso em: 4 dez 2019.

MJ apresenta nova versão do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Brasília, 20 out. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3cF3gdo>.

Acesso em: 24 nov. 2019.

MORTON, Fiona Scott *et al.* **Report: Committee for the Study of Digital Platforms-Market Structure and Antitrust Subcommittee**. Chicago: George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019.

NICHOLAS, Gabriel; WEINBERG, Michael. **Data Portability and Platform Competition: Is User Data Exported From Facebook Actually Useful to Competitors?** Nova Iorque: Engelberg Center on Innovation Law and Policy, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/373Chak>. Acesso em: 31 mar 2020.

NICHOLAS, Gabriel; WEINBERG, Michael. Silicon Valley’s Favorite Idea for Encouraging Competition. **Slate**. Nova Iorque, 14 nov. 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/2UaTjOw>. Acesso em: 31 mar. 2020.

O’REILLY, Tim. **What Is Web 2.0**. Disponível em: <https://oreilly.com{file}>. Acesso em: 15 nov. 2019.

OCDE. **Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era: Background note by the Secretariat**. Paris: OECD, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3dOKZvB>. Acesso em: 9 jun. 2020.

OECD. **Policy Roundtables: Refusals to Deal**. Paris: OECD, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2z4Fbiq>. Acesso em: 1 dez. 2019.

OECD. **Protecting Privacy in a Data-driven Economy: Taking Stock of Current Thinking**. Paris: OECD, 2014.

OPSAHL, Kurt; BENNETT, Cyphers; GEBHART, Gennie. What We Mean When We Say “Data Portability”. **Electronic Frontier Foundation**. São Francisco, 13 set. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2UbXaLq>. Acesso em: 9 out. 2019.

PEREIRA NETO, Caio Mario da S.; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial. Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo: Saraiva, 2015.

Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados [...], Paula Ponce, p.134-176 RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253

PERSONAL DATA PROTECTION COMMISSION OF SINGAPORE. **Discussion paper on Data Portability**. Singapura: Personal Data Protection Commission, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3gVHFAR>. Acesso em: 23 nov. 2019.

PICKER, Randal C. Competition and Privacy in Web 2.0 and the Cloud. **NULR Online**, n. 125, 28 jun. 2008.

ROSSI, Gus; SLAIMAN, Charlotte. **Interoperability = Privacy + Competition**. Washington, 26 abr. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2Y3N3JI>. Acesso em: 9 out. 2019.

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

SOKOL, Daniel D.; COMERFORD, Roisin E. Antitrust and Regulating Big Data. **George Mason Law Review**, v. 23, n. 5, 4 set. 2016.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big data and competition policy**. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2016.

SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique. **Maryland Law Review**, v. 72, n. 2, p. 335–380, 2013.

UNLOCKING digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel. **GOV.UK**. Londres, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/35euzbh>. Acesso em: 9 out. 2019.

VANBERG, Aysem Diker; ÜNVER, Melmet Bilal. The right to data portability in the GDPR and EU competition law: odd couple or dynamic duo? **European Journal of Law and Technology**, v. 8, n. 1, 4 mar. 2017.

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent. **A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI**. Nova Iorque: Social Science Research Network, 5 out. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/30i25OJ>. Acesso em: 4 dez. 2019.

WORLD ECONOMIC FORUM. **Personal Data: The Emergence of a New Asset Class**. Colônia, Suíça: World Economic Forum, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3080zi2>. Acesso em: 15 nov 2019.

YOO, Christopher S. When Antitrust Met Facebook. **George Mason Law Review**, v. 19, n. 5, 1 jul. 2012.

ZANFIR-FORTUNA, Gabriela. The right to Data portability in the context of the EU data protection reform. **International Data Privacy Law**, v. 2, n. 3, p. 149–162, 1 ago. 2012.

ZANFIR-FORTUNA, Gabriela; IANC, S. Data Protection and Competition Law: The Dawn of 'Uberprotection'. **SSRN Electronic Journal**, 2018.

Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: análise da aplicação da *state action doctrine* a partir do julgamento do caso ANFAPE

Intellectual property and competition law: an analysis of the application of the state action doctrine in the face of the ANFAPE case

Jéssica Coelho Costa¹

RESUMO

O presente artigo busca apresentar uma possível solução para os conflitos relacionados aos prováveis efeitos anticompetitivos referentes ao exercício dos direitos de propriedade intelectual que se apresentam ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em sede de processo administrativo sancionador. Neste contexto, mediante estudo de caso e revisão de literatura, analisa-se a teoria da *state action doctrine*, originalmente atribuída aos setores regulados, apontando-a como uma possível solução para os casos em que os efeitos anticompetitivos não foram previstos na legislação, trazendo uma contribuição para a discussão sobre a interação entre o Direito da Concorrência e o Direito de Propriedade Intelectual e o possível conflito entre essas normas.

Palavras-chave: Direito da Concorrência; Propriedade Intelectual; Regulação; State Action Doctrine.

ABSTRACT

This article intends to present a possible solution to the conflicts related to the likely anticompetitive effects regarding the exercise of intellectual property rights that are presented to the Administrative Council of Economic Defense (Cade) in administrative sanctioning proceedings. In this context, based on case study and literature review, it is analyzed the theory of the state action doctrine, originally attributed to regulated sectors, pointing this doctrine out as a possible solution for cases in which anticompetitive effects were not foreseen in the legislation, contributing to the discussion on the interaction between Competition Law and Intellectual Property Law and the potential conflict between these rules.

Keywords: Competition Law; Intellectual Property; Regulation; State Action Doctrine.

Classificação JEL: K21 – Antitrust Law; K11 – Property Law; K23 – Regulated Industries and Administrative Law

¹ Graduada em Direito pela UnB (2018). Assistente Técnica da Superintendência-Geral do CADE, atuando com investigações em cartéis em licitações de 2018 a 2019. Advogada do VMCA. E-mail: jessica0506ccosta@gmail.com.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. O Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência. 2.1. Interatividade entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência. 2.2. A inovação como elo comum entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência. 3. O caso ANFAPE no Cade. 3.1. Resumo fático do caso ANFAPE e histórico no Cade. 3.2. Julgamento do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. 4. A relação entre Regulação e o Direito da Concorrência. 5. Análise concorrencial do caso ANFAPE à luz da state action doctrine. 5.1. A atuação do Cade frente à complementariedade entre as políticas de propriedade intelectual e defesa da concorrência. 5.2. A state action doctrine como solução para o conflito de normas do caso ANFAPE. 6. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A relação entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência é complexa e sempre despertou importantes discussões tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Especialmente com os intensos avanços tecnológicos das últimas décadas, a aproximação entre os dois ramos é notória, sobretudo diante do papel adquirido pela inovação, elo comum entre as duas áreas que se tornou um diferencial competitivo cada vez mais importante na singularização dos produtos e captação de consumidores.

Em verdade, o diálogo entre esses dois ramos ainda é dificultado por um fechamento metodológico e teórico que, em muitas situações, os torna impermeáveis a discussões mais amplas. Nesse sentido, a harmonização dos interesses e finalidades do Direito de Propriedade Intelectual e do Direito da Concorrência é um desafio às autoridades antitruste, incluindo a autoridade de defesa da concorrência no Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

No Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51, mais conhecido como “caso ANFAPE”, recentemente submetido à apreciação do Cade, discutiu-se a interface entre esses dois ramos e seu potencial conflito. Trata-se de um processo administrativo instaurado a fim de investigar o suposto exercício abusivo dos direitos de propriedade intelectual detidos pelas montadoras Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda., a partir da imposição de seus registros de desenho industrial ao mercado secundário de peças *de* reposição.

A investigação, iniciada por denúncia da Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças, colocava em debate em que medida o Cade deveria ou não sancionar uma conduta que potencialmente gera efeitos anticompetitivos no mercado analisado considerando que a Lei

9.279/1996, que regula o Direito de Propriedade Intelectual no Brasil, prevê o amplo exercício dos registros de desenho industrial, sem definir distinção entre os mercados (BRASIL, 1996)².

Diante dessas considerações, e a partir do estudo do caso ANFAPE, este artigo pretende apresentar uma possível alternativa para os conflitos envolvendo o exercício de direitos de propriedade intelectual quando o alcance desses direitos não é claramente enfrentado e delimitado pela legislação específica, gerando possíveis efeitos deletérios, com base em uma aproximação com a regulação e com a *state action doctrine*, respeitando os limites e funções do Direito da Concorrência e do Direito de Propriedade Intelectual.

Dessa forma, ao longo desse artigo, explora-se inicialmente a problemática quanto às funções e finalidades do Direito da Concorrência e do Direito de Propriedade Intelectual, buscando-se compreender em que medida essas áreas interagem e se influenciam. Em seguida, é analisado o caso ANFAPE, em especial os argumentos apresentados pelos Conselheiros quando do julgamento do caso. Posteriormente, apresenta-se um panorama sobre como conflitos de normas são tratados na interface entre Regulação e Direito da Concorrência, apresentando a *state action doctrine* ao leitor. Finalmente, o último tópico propõe a aplicação por analogia da *state action doctrine* aos conflitos antitruste envolvendo o exercício de direitos de propriedade intelectual, tal como visto no caso ANFAPE.

2. O Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência

2.1 Interatividade entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência

Em linhas gerais, é consenso na doutrina e na jurisprudência nacional e internacional que o suposto embate entre os bens jurídicos protegidos pelo Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência é apenas aparente.

O fato de que ambos os ramos encontram previsão constitucional no rol dos direitos e garantias fundamentais nos ajuda a perceber que aos dois foi conferida a mesma importância e necessidade de *enforcement*. Em razão disso, tanto o Direito de Propriedade Intelectual quanto o Direito da Concorrência devem atender, primeiramente, aos ditames constitucionais.

Assim, o privilégio conferido aos particulares como forma de retribuir os investimentos financeiros e humanos despendidos na criação dos bens protegidos se justifica apenas na

² BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: <https://bit.ly/3gT0WCQ>. Acesso em: 8 set. 2018.

medida em que esse direito de exclusividade, que permite aos detentores da proteção de Propriedade Intelectual excluir terceiros do uso e exploração econômica, incentive a inovação e impulse o desenvolvimento tecnológico e econômico nacional, atendendo à sua função social, conforme o art. 5º, incisos XXII, XXIII, e XXIX, e art. 170, inciso III, observado também o princípio da livre concorrência, nos termos do art. 170, inciso IV (BRASIL, 1996)³.

Com relação à propriedade intelectual, especificamente, assim acrescenta Forgioni:

No caso brasileiro, ninguém ousaria negar que a proteção da propriedade intelectual visa ao desenvolvimento nacional, especialmente considerando os termos incisivos do art. 5º, XXIX, da CF. Entretanto, para que se dê concreção desse preceito constitucional, é preciso encarar a concessão de exclusivos como instrumento concorrencial. Os direitos de propriedade intelectual não são protegidos pelo sistema para beneficiar o agente econômico, mas para fomentar as inovações e o desenvolvimento, permitindo que o titular desfrute de uma ferramenta de conquista de mercado, da qual seus competidores não dispõem (FORGIONI, 2015, p.319)⁴.

Em relação ao Direito Antitruste, a situação não é diferente, já que este também possui finalidades que vão além de questões diretamente concorrenciais. De fato, a própria Constituição Federal já determina que a defesa da concorrência é responsável por observar uma extensa gama de princípios, dentre os quais a função social da propriedade.

Consequentemente, o pleno exercício do Direito da Concorrência não deve comprometer os demais objetivos da ordem econômica constitucional. É em razão disso que, conforme alega Ana Frazão, o critério de eficiência econômica ou o critério de compatibilidade com determinada política econômica não é suficiente para traduzir os propósitos do Direito da Concorrência:

A resposta para a pergunta sobre as verdadeiras finalidades do Direito da Concorrência apenas pode ser encontrada na Constituição, precisamente no exame dos princípios da ordem econômica, já que o seu art. 173, § 4º, tem natureza meramente instrumental e precisa ser compreendido em conformidade com o disposto no art. 170, cujo caput é claro no sentido de que “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” e em obediência aos demais princípios listados em seus incisos (FRAZÃO, 2017, p.46)⁵.

Entende-se, portanto, que a defesa da livre concorrência deixa de ser um fim em si mesmo, visando apenas à prevenção dos efeitos nocivos do abuso de poder econômico, e passa a ser um instrumento de preservação do bem-estar social e dos princípios constitucionais que

³ BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: <https://bit.ly/3gT0WCQ>. Acesso em: 8 set. 2018.

⁴ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁵ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

se incluem entre os objetivos gerais da política de defesa da concorrência (BRITTO, 2018)⁶. Vale ressaltar, que a incorporação destes outros propósitos, na maior parte das vezes, depende muito mais da formação institucional da autoridade antitruste brasileira do que do arcabouço legal e regulamentar existente (BRITTO, 2018)⁷.

Ou seja, tanto o Direito de Propriedade Intelectual quanto o Direito da Concorrência se prestam aos mesmos objetivos e fins *macro*, quais sejam, a realização dos princípios constitucionais gerais da atividade econômica. Dessa forma, se tornam não apenas compatíveis, como também complementares e necessários um outro.

Isso porque a promoção da concorrência e dos direitos de propriedade intelectual funciona como uma “via de mão dupla”: enquanto o Direito Antitruste deve fomentar a inovação, que agrega valor à sociedade, beneficia o desenvolvimento nacional e gera bem-estar ao consumidor, o Direito de Propriedade, ao privilegiar a inovação, deve trazer benefícios ao ambiente concorrencial e aos agentes econômicos, sobretudo, criando condições legítimas de concorrência nos mercados e pelos mercados.

Conforme será melhor explorado na análise do caso ANFAPE, vale adiantar que todos os Conselheiros do Cade que participaram do julgamento do caso, ainda que diverjam quanto ao mérito da conduta, partem da premissa de que o Direito de Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência são complementares e se interpenetram, e que o Cade possui competência para analisar os possíveis efeitos anticoncorrenciais decorrentes do uso dos direitos de propriedade intelectual, entendimento que será adotado neste trabalho. Nessa perspectiva, pontuou o Conselheiro Relator Paulo Burnier:

Desse modo, deve-se reconhecer a relação de complementariedade entre a proteção jurídica da propriedade industrial e a política de defesa da concorrência, já que ambos buscam promover a diferenciação e a inovação, relevantes componentes competitivos. Neste mesmo sentido, entende Joshua D. Wright, em parecer juntado aos autos que afirma: “Os direitos de propriedade industrial e antitruste são melhor compreendidos como regimes complementares que compartilham o objetivo de maximizar o bem-estar econômico” (BRASIL, 2017)⁸.

Evidentemente, apesar da complementariedade entre os ramos, sua conciliação pode ser uma tarefa complexa a depender do caso concreto. Por óbvio, a dificuldade está em

⁶ BRITTO, Tatiana Alessio de. **Neutralidade de Redes: Mercado de dois lados, antitruste e regulação**. 2018. Tese (Doutorado em Economia) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

⁷ Ibidem.

⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto Versão Pública**. Processo Administrativo 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier, 14 de março de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/306t0Nq>. Acesso em: 20 set. 2018.

compatibilizá-los mesmo que, como visto, não haja uma barreira intransponível entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência.

Assim, nas situações em que desafios como o do caso ANFAPE se apresentam, é necessário considerar, para além de todos os elementos teóricos vistos, também os aspectos políticos, jurídicos e sociais que podem ser afetados por uma decisão, na maior parte das vezes política, que privilegie um ramo ao outro.

2.2 A inovação como elo comum entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência

Na relação entre o Direito Antitruste e o Direito de PI, sobretudo nos tempos atuais, um aspecto em especial desencadeia importantes discussões relacionadas à concorrência: a inovação.

Conforme visto no tópico anterior, da mesma forma que a inovação, bem jurídico protegido pelos direitos de propriedade intelectual, estimula a competição nos mercados, também o Direito da Concorrência deve se empenhar em fomentá-la. No entanto, a leitura da inovação sob a ótica do Antitruste não é um desafio trivial.

A inovação, segundo Schumpeter (2017)⁹, consiste na aplicação comercial ou industrial de algo novo – seja isso um novo produto, processo, método de produção; um novo mercado ou fonte de fornecimento ou até mesmo uma nova forma de organização comercial, empresarial ou financeira.

Para o autor, essas inovações caracterizam-se como um estímulo estratégico ao desenvolvimento econômico e, historicamente, estão relacionadas com um processo chamado pelo autor de “destruição criativa”, característico do sistema capitalista, em que a estrutura econômica é revolucionada de dentro para fora, continuamente substituindo-se a estrutura antiga e criando-se uma nova (SCHUMPETER, 2017)¹⁰.

As inovações, sobretudo em mercados notadamente marcados por alta tecnologia e novos modelos de negócios, tais como o setor de *softwares*, internet e telecomunicações, surgem e se estabilizam de maneira extremamente veloz. Seguindo essa dinâmica, além de gerarem novos mercados, as inovações rapidamente acarretarem também o seu crescimento

⁹ SCHUMPETER, Joseph A. **The Theory of Economic Development: Inquiry into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycle**. New York: Routledge, 2017.

¹⁰ Ibidem.

exponencial, diferente do que é observado em mercados cuja atividade central não é focada em produção intelectual.

Conquanto seja incorreta a presunção de que a proteção conferida por um direito de propriedade intelectual a um determinado produto necessariamente resulte em poder de mercado com relação ao produto protegido (HOVENKAMP, 2005)¹¹, é inquestionável que a noção de poder de mercado, e a expectativa de obtê-lo ou ampliá-lo, exerce um papel importante nas empresas, motivando-as a investirem em pesquisa e desenvolvimento.

Dessa forma, segundo Motta (2004)¹², a concorrência instiga as empresas a investirem em inovação, de forma a progredirem competitivamente com relação aos seus concorrentes. Ainda segundo Motta, a competição também é estimulada pela expectativa das empresas de se apropriarem dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento na forma de lucros de mercado (MOTTA, 2004)¹³.

Nesse cenário, a busca pela obtenção de lucro e espaço competitivo por meio da inovação lança as empresas em uma corrida por renovações tecnológicas. Essas inovações podem ser substanciais, de modo a introduzir um produto ou processo completamente novo no mercado. Em outros casos, pode representar pequenas alterações extremamente técnicas, por vezes imperceptíveis ao consumidor médio.

Em todo caso, sejam substanciais ou extremamente pontuais, as inovações trazidas pelos agentes econômicos alteram a dinâmica do mercado, fazendo surgir novas estratégias e arranjos competitivos muitas vezes inéditos à análise antitruste, que exigem especial atenção quanto à conciliação entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência em casos concretos.

Farrell e Shapiro (2004, p. 32)¹⁴, ao examinarem o sistema patentário nos Estados Unidos, por exemplo, apontam para alguns desses desafios, tais como (i) o número crescente de patentes sendo emitidas, muitas sem preenchimento do requisito de novidade; (ii) o entendimento escasso sobre a tecnologia subjacente às inovações por parte da própria autoridade que concede os registros; (iii) a dificuldade imposta ao mercado quando um único

¹¹ HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**. 3. ed. St. Paul: West Group, 2005.

¹² MOTTA, Massimo. **Competition policy: theory and practice**. New York: Cambridge University Press, 2004.

¹³ Ibidem.

¹⁴ FARRELL, Joseph; SHAPIRO, Carl. **Intellectual Property, Competition, and Information Technology**. **Competition Policy Center**, Berkeley, 2004.

produto é alvo de diferentes proteções – sejam elas patentes diversas ou outros tipos de proteção à propriedade.

Além disso, Ariel Katz (2007)¹⁵ também esclarece que como a criação de novos bens intelectuais geralmente se baseia em bens intelectuais anteriores, o próprio aumento da proteção à propriedade intelectual pode inibir essa inovação cumulativa limitando o acesso aos recursos necessários, pelo que haveria um trade-off entre o incentivo à inovação e o acesso a ela.

Esse *trade-off* entre inovação, Direito de Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência é particularmente realçado na chamada Nova Economia (POSNER, 2000)¹⁶. Nesse sentido, Posner destaca:

Even if the only way to become a network monopolist in the new economy is to be the first to come up with a new technology that benefits consumers, the existence of the monopoly may discourage subsequent technological innovation by other firms. If network externalities are large, they may give the monopolist a cost advantage that exceeds the benefit of a superior new technology. This is the issue of “path dependence”: an industry may be stuck with an inferior technology because of the cost advantage of the existing network (POSNER, 2000, p. 5)¹⁷.

Portanto, percebe-se que, nos tempos atuais, em que o conhecimento e a inovação se tornam indispensáveis não apenas ao acesso, mas também à permanência das empresas no mercado, os privilégios de exploração concedidos pelos direitos de propriedade intelectual não apenas mitigam a concorrência, criando monopólios temporários, barreiras à entrada de novos *players* e elevação dos preços, mas podem resultar em elevados prejuízos sociais (FORGIONI, 2015)¹⁸.

Nesse sentido, conforme pontua Katz (2007)¹⁹, tanto a doutrina quanto a legislação encontram-se em uma constante tentativa de calibrar e recalibrar a troca entre a necessidade de fornecer incentivos à inovação e o interesse em permitir o acesso ao fruto de tais inovações.

Os direitos de propriedade intelectual são característicos dos mercados atuais, em consequência direta da importância adquirida pela inovação, que têm ressignificado o processo competitivo. Nesse sentido, as associações tecidas acima entre o Direito de Propriedade

¹⁵ KATZ, Ariel. Making sense of non-sense: intellectual property, antitrust, and market power. **Arizona Law Review**, Tucson, v. 49, p. 837-909, 2007.

¹⁶ POSNER, Richard A. Antitrust in the New Economy. **John M. Olin Law & Economics Working Paper n° 106**, 2nd series, 2000. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=249316>. Acesso em 14 de novembro de 2018

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁹ KATZ, Ariel. Making sense of non-sense: intellectual property, antitrust, and market power. **Arizona Law Review**, Tucson, v. 49, p. 837-909, 2007.

Intelectual e o Direito da Concorrência demonstram que a necessidade de resguardar e incentivar o interesse ao desenvolvimento deve considerar a inovação como um critério legítimo nas análises concorrenciais.

3. O caso ANFAPE no Cade

3.1 Resumo fático do caso ANFAPE e histórico no Cade

O caso ANFAPE (BRASIL, 2018)²⁰, julgado pelo Tribunal Administrativo do Cade em 14 de março de 2018, versa sobre a suposta extensão abusiva do direito de propriedade intelectual detido por três montadoras (Ford, Volkswagen e Fiat). Mais especificamente, trata da imposição dos registros de desenho industrial das montadoras sobre autopeças de reposição, com o suposto fim de impedir a atuação de fabricantes independentes de autopeças no mercado.

Ao longo da investigação e julgamento do caso, foi pautado um intenso debate quanto à interação entre o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência, a forma como se relacionam no ordenamento brasileiro e, conseqüentemente, de que maneira esses dois ramos influenciavam na análise do caso ANFAPE.

O caso teve origem em abril de 2007, a partir de uma denúncia formulada pela Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (“ANFAPE” ou “Representante”) em face das montadoras Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda., por supostamente exercerem de maneira abusiva seus direitos de propriedade intelectual.

Conforme alegado pela ANFAPE, as montadoras utilizavam-se de ações judiciais e medidas extrajudiciais a fim de impedir que as fabricantes independentes produzissem e vendessem autopeças de reposição supostamente protegidas por registros de desenho industrial detidos pelas montadoras.

Nesse sentido, a Representante alegou que essa conduta seria abusiva, uma vez que o exercício dos direitos relacionados à proteção do desenho industrial deveria estar limitado ao mercado primário, ou *foremarket*, relativo à comercialização de veículos novos, não podendo ser estendido ao mercado secundário, também chamado de *aftermarket*, relativo à fabricação e comercialização de peças de reposição destinadas ao mercado automotivo.

²⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo 08012.002673/2007-51**. Relator: Conselheiro Paulo Burnier, 14 de março de 2018.

Segundo a ANFAPE, as fabricantes independentes concorreriam com as montadoras apenas no mercado secundário, não havendo justificativa econômica e legal para a extensão dos direitos de propriedade intelectual ao mercado secundário, pois os investimentos em pesquisa e desenvolvimento, bem como os esforços competitivos das montadoras, já seriam aplicados e recompensados no mercado primário. Segundo a ANFAPE, a conduta das montadoras se tratava de verdadeira tentativa de monopolizar o mercado secundário.

Em suas defesas, as montadoras sustentaram, de maneira geral, que a proteção conferida pelo registro industrial se trata de monopólio temporário concedido pela própria LPI e que, portanto, estariam apenas fazendo uso de seu direito legitimamente concedido pela autoridade competente. Segundo as montadoras, ao conceder o registro, o INPI não fez ressalvas quanto ao exercício dos direitos de desenho industrial no mercado de reposição de autopeças. Além disso, sustentam que, ao contrário do que alega a ANFAPE, o exercício desses direitos no mercado secundário gera efeitos pró-competitivos relacionados ao incentivo à inovação.

Acolhida a Representação da ANFAPE, foi instaurada averiguação preliminar para apurar a existência da suposta conduta. À época, tanto a Secretaria de Direito Econômico (SDE) (BRASIL, 2008, p.153)²¹, quanto a Procuradoria Federal Especializada Junto ao Cade (ProCade) (BRASIL, 2009, p. 3)²² opinaram pelo arquivamento da averiguação, com a remessa dos autos sob a forma de recurso de ofício ao Cade, por não vislumbrarem uso irregular do direito de propriedade intelectual.

Por outro lado, o Ministério Público Federal (MPF) emitiu parecer pelo provimento do recurso de ofício, com a consequente instauração do Processo Administrativo (BRASIL, 2009a, p. 242)²³. O órgão considerou importante aprofundar o exame das possíveis eficiências geradas pelas fabricantes independentes no mercado de reposição, considerando que não restou comprovado em que medida a extensão dos direitos de propriedade intelectual ao *aftermarket* é necessária para recuperar investimentos em pesquisa e desenvolvimento e quais seus impactos sobre o preço dos produtos:

²¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Volume 11**. Apartado Confidencial nº 08012.002673/2007-51. Fls. 2409-2472. Brasília: CADE, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3dwBbq6>. Acesso em: 20 set. 2018.

²² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Volume 12**. Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51. Fls. 2777-2813. Brasília: CADE, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/36XaCYB>. Acesso em: 20 set. 2018.

²³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Volume 13**. Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51. Fls. 3232-3240. Brasília: CADE, 2009a. Disponível em: <https://bit.ly/3eKpa0n>. Acesso em: 20 set. 2018.

Encaminhado ao Tribunal do Cade, o recurso de ofício foi julgado na 482ª Sessão Ordinária de Julgamento, em 15 de dezembro de 2010. Na ocasião, por unanimidade, os Conselheiros decidiram pelo provimento do recurso de ofício e determinaram a instauração do processo administrativo.

Instaurado o processo administrativo e após extensa fase instrutória, novos opinativos foram exarados pela Superintendência-Geral (“SG”, antiga SDE), pela ProCade e pelo MPF, desta vez, todos recomendando a condenação das montadoras por infração à ordem econômica.

3.2 Julgamento do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51

Já em sede de julgamento do Processo Administrativo, as recomendações do Plenário encontraram-se divididas, com 3 (três) Conselheiros favoráveis à condenação e 4 (quatro) favoráveis ao arquivamento do processo, o que nos mostra a dificuldade de se decidir sobre a matéria no caso em questão.

Dessa forma, na ocasião da 115ª Sessão Ordinária de Julgamento, ocorrida em 22 de novembro de 2017, o Conselheiro-Relator Paulo Burnier exarou voto (BRASIL, 2018a)²⁴ pela condenação de todas as Representadas por infração à ordem econômica, em razão do exercício abusivo dos direitos de propriedade intelectual detidos pelas montadoras sobre o mercado de autopeças de reposição (*aftermarket*), configurando as hipóteses legais do art. 20, incisos I (limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa), II (dominar mercado relevante de bens ou serviços) e IV (exercer de forma abusiva posição dominante) c/c o artigo 21, inciso V (criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços) da Lei 8.884/94, aos quais correspondem ao art. 36, I, II e IV, bem como § 3º, III, IV, XIV e XIX da Lei nº 12.529/2011.

Em seu voto, consoante com o entendimento da Superintendência-Geral, da ProCade (BRASIL, 2017)²⁵ e do MPF (BRASIL, 2017a)²⁶ exarados anteriormente, o Conselheiro-Relator identificou que as Representadas faziam uso da proteção sobre seus desenhos industriais

²⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto Versão Pública**. Processo Administrativo 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier, 14 de março de 2018a. Disponível em: <https://bit.ly/306t0Nq>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁵ BRASIL. Advocacia Geral da União. Procuradoria Geral Federal. **Parecer Nº 42/2016/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU**. Processo Nº 08012.002673/2007-51. Brasília: AGU, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2U9zh76>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. **Parecer Nº 9/2017/MBL/MPF/CADE**. Processo Nº 08012.002673/2007-51. Brasília: MPF, 2017a. Disponível em: <https://bit.ly/3cxeWir>. Acesso em: 20 set. 2018.

de forma a impedir ou criar dificuldades à atuação dos fabricantes de peças automotivas no mercado, por meio de medidas judiciais e extrajudiciais.

Além de identificar efeitos *lock-in*, assimetria de informação do consumidor e consideráveis custos de substituição (*switching costs*), todos em razão do potencial de monopolização gerado pela imposição da proteção dos desenhos no mercado secundário de peças de reposição, o Conselheiro Relator rechaçou cinco premissas levantadas pelas Representadas, a saber: (i) que o Cade estaria invadindo a competência do INPI caso entendesse pelo exercício abusivo do direito de PI; (ii) que o Poder Judiciário brasileiro já havia firmado posicionamento favorável às montadoras sobre a matéria; (iii) que todo direito de propriedade intelectual gera monopólio; (iv) que a proteção no mercado secundário incentiva a inovação nos designs das peças automotivas visíveis e, finalmente, (v) que eventual condenação do Cade geraria insegurança jurídica.

Os outros dois votos que acompanharam a recomendação de condenação do Relator foram proferidos na 119ª Sessão Ordinária de Julgamento, ocorrida no dia 14 de março de 2018, pelo ex-Conselheiro João Paulo de Resende (BRASIL, 2018b)²⁷ e pelo Presidente do Tribunal Administrativo do Cade, Alexandre Barreto (BRASIL, 2018d)²⁸.

Em ambos os votos, os membros do plenário reforçaram que, no mercado automobilístico, onde cada peça de reposição consistiria em um mercado relevante distinto, os consumidores são afetados pelo efeito *lock-in*, peças *must-match* e pela assimetria de informação, atrelados a elevados *switching costs*, pelo que a monopolização no mercado secundário, com a imposição dos registros de desenho industrial, seria inevitável. Ademais, reiteraram que não há qualquer previsão de imunidade antitruste no ordenamento brasileiro aos direitos de propriedade intelectual, pelo que o Cade tem competência para analisar e julgar condutas que envolvam direitos de propriedade industrial.

Os votos divergentes foram inaugurados pelo Voto-Vista do Conselheiro Maurício Bandeira (BRASIL, 2018c)²⁹, proferido na 117ª Sessão Ordinária de Julgamento, e

²⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto-Vista**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro João Paulo Resende, 14 de março de 2018b. Disponível em: <https://bit.ly/2U7vR4G>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto Vogal**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto Vogal: Alexandre Barreto de Souza, 19 de março de 2018d. Disponível em: <https://bit.ly/3gLWtBY>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto-Vista Versão Pública**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto-Vista: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, 14 de março de 2018c. Disponível em: <https://bit.ly/2U9kqtv>. Acesso em: 20 set. 2018.

acompanhados pelos votos das ex-Conselheiras Cristiane Alkmin (BRASIL, 2018e)³⁰ e Polyanna Vilanova (BRASIL, 2018f)³¹ e pela Conselheira Paula Azevedo. Em suma, os votos divergentes apontaram que ainda que sejam vislumbrados efeitos prejudiciais à concorrência, tais efeitos são inerentes à exclusividade conferida pelo registro, que foi legalmente obtido pelas montadoras, não havendo qualquer distinção que limite o exercício desses direitos ao mercado primário. Dessa forma, entendem que os registros de desenho industrial se tratam de monopólio legal conferido pelo Estado, pelo que não poderiam ser enfrentados em sede de processo administrativo sancionador.

4. A relação entre Regulação e o Direito da Concorrência: a teoria da *state action doctrine*

Conforme demonstram os argumentos levantados pelo Tribunal do Cade, não há uma única teoria apta a analisar controvérsias em que questões de Direito de Propriedade Intelectual estejam no centro da discussão concorrencial. Assim, a suposta abusividade da extensão dos registros de desenho industrial pode ser analisada sob a ótica das teorias da imunidade antitruste; sob a lente do abuso de direito, buscando-se demonstrar o desvio de finalidade no exercício dos registros de desenho industrial; ou até mesmo a partir da teoria de *essential facility*, observando-se que as peças objeto do registro são peças do tipo *must match*, conforme apontado ao longo da investigação.

No que se refere à primeira lente, a das imunidades antitruste, a relação entre regulação e Direito da Concorrência apresenta dinâmica interessante e útil para a análise de controvérsias como a do caso ANFAPE, na medida em que, tal como ocorre com as normas de Direito de Propriedade Intelectual, normas regulatórias também entram em choque com previsões do Direito Antitruste e precisam ser solucionadas em análises caso a caso.

O primeiro ponto de reflexão nesse sentido, reconhecido pelo próprio Cade, é que há complementariedade entre a defesa da concorrência e a regulação, ainda que ambas persigam objetivos diferentes, através de ferramentas distintas, afetando diferentes aspectos da atividade

³⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto Vogal**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto Vogal: Conselheira Cristiane Alkmin J. Schmidt, 14 de março de 2018e. Disponível em: <https://bit.ly/3gT33GZ>. Acesso em: 20 set. 2018.

³¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto Vogal**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto Vogal: Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova, 14 de março de 2018f. Disponível em: <https://bit.ly/2U5IjC0>. Acesso em: 20 set. 2018.

econômica (OCDE, 2011)³². Nesse sentido, conforme destacado pelo ex-Conselheiro Paulo Burnier da Silveira no Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37 (BRASIL, 2018g)³³, de sua relatoria, não se verifica qualquer incompatibilidade ou prevalência entre as competências regulatória e concorrencial no texto da Constituição Federal, que consagra ambas entre os princípios da atividade econômica.

No entanto, apesar dessa complementariedade, fato é que regras conflitantes podem ser elaboradas ou mesmo previstas de maneira ampla, gerando conflitos sobre qual regra deve ser observada. Por vezes, a solução para esses embates está em avaliar, caso a caso, se a regulação confere ou não imunidade à aplicação do direito antitruste e qual o alcance desta imunidade (BRASIL, 2015)³⁴.

Surge, assim, a teoria da *state action doctrine*, recepcionada no Brasil como “Teoria do Ato Político” que trata justamente de isenções antitruste em razão de atuação regulatória na esfera estadual (em situações envolvendo questões regulatórias federais, a mesma doutrina se reveste do nome de *pervasive power doctrine*).³⁵

Originária dos Estados Unidos, a *state action doctrine* (“*state action*”) foi utilizada pela primeira vez no caso *Parker v. Brown* (317 U.S. 341) (U.S. SUPREME COURT, 1943)³⁶, ocasião em que a Suprema Corte entendeu que ações tomadas pelos governos estaduais estavam isentas do escopo do Sherman Act (lei antitruste estadunidense). Naquele momento histórico,

³² OCDE. **Policy roundtables: Regulated Conduct Defence**. Paris, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/48606639.pdf>>. Acesso em: 23 de mai. 2020.

³³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto Versão Pública**. Processo Administrativo 08012.001518/2006-37. Relator: Conselheiro Paulo Burnier, 08 de agosto de 2018g. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKSfTINgP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxOMN01pTgFwPLudA8xXdsRy4khNfDtY3QMpfj_MXTr90-8E3V2kFNVjdway. Acesso em: 10 mai. 2020.

³⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto Versão Pública**. Processo Administrativo 08012.006504/2005-29. Relator: Conselheiro João Paulo Resende, 19 de out. de 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPUriSUFiJPYi-y9WLhGJgKxNkwG_UaTnrNoyz8F4HzXWfvMixx0X9oAY_oTc36H4Om-bcB-L58VynxMRAUopHd. Acesso em: 10 mai. 2020.

³⁵ Para os fins deste trabalho, o fato de a *state action doctrine* ser aplicável a conflitos envolvendo comandos federais de defesa da concorrência e comandos regulatórios estaduais não será considerado, apesar das normas de Direito de Propriedade Intelectual possuírem caráter federal. Essa opção se justifica tendo em vista que a *state action doctrine* é a teoria originária, dotada das mesmas características da *pervasive power doctrine*, e que o esforço deste trabalho é apresentar uma analogia quanto à aplicação da teoria, independentemente da natureza federal ou estadual da norma conflitante.

³⁶ U.S. SUPREME COURT. **Parker v. Brown**, 317 U.S. 341 (1943) de 4 de janeiro de 1943. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/341/case.html>>. Acesso em: 23 de mai. 2020.

havia uma preponderância da Teoria do Interesse Público, que privilegiava a decisão das agências reguladoras como capazes de mitigar e afastar as forças do mercado:

Havia um extremo ceticismo quanto às forças do mercado e a necessidade inafastável da atuação do governo para proteger o público dos efeitos nefastos de uma competição desenfreada, isto é, uma crença de que a regulação é a única forma de atender a demanda do público para corrigir condutas no setor econômico que são ineficientes e injustas (CAIXETA, 2014).³⁷

Ao aplicar a *state action doctrine*, os tribunais buscam identificar: (i) a intenção do Estado de restringir a concorrência e (ii) o grau de envolvimento do Estado na atividade em termos de implementação, supervisão ou controle (MCCALL, 1977)³⁸, parâmetros que foram definidos em outro caso-chave para o delineamento da *state action*, o julgamento do conflito entre *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminum, Inc.* (U.S. SUPREME COURT, 1980)³⁹ Ou seja, a restrição observada deve decorrer de uma política clara e direta que vise a substituir o sistema concorrencial pela regulação e deve haver supervisão ativa do Estado sobre a implementação dessa política pelos agentes econômicos privados (FRAZÃO, 2017)⁴⁰.

Debates contemporâneos realizados no âmbito da OCDE também reiteram esses critérios, segundo a chamada “defesa de conduta regulada”, destacando que a aplicação dessa “defesa” é restritiva, sendo aceita pelos tribunais em geral apenas na medida em que a isenção antitruste é absolutamente necessária para atingir os objetivos da regulamentação, em conformidade com todas as doutrinas legais construídas a respeito (“*express immunity*”, “*implicit immunity*” e a própria *state action*) (OCDE, 2011)⁴¹.

Por todos esses critérios e diante do caráter excepcional da aplicação de isenções antitruste tal como previstas pela *state action*, é vital que sua aplicação não vá além do necessário para atingir o interesse público já que, na ausência de justificativas específicas, o risco de danos

³⁷ CAIXETA, D. B. Imunidade antitruste às Ações Governamentais no contexto da desregulação do setor de telecomunicações: uma análise a partir do julgamento do caso VU-M pelo CADE. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 6, n. 1, 2014.

³⁸ MCCALL, Linda. The state action exemption in antitrust: from Parker v. Brown to Cantor v. Detroit Edison Co. **Duke Law Journal**, Durham, v. 1977, n. 4, p. 871-908, 1977.

³⁹ Vide o seguinte trecho: “These decisions establish two standards for antitrust immunity under Parker v. Brown. First, the challenged restraint must be “one clearly articulated and affirmatively expressed as state policy”; second, the policy must be “actively supervised” by the State itself”. U.S. SUPREME COURT. **California Liquor Dealers v. Midcal Aluminum**, 445 U.S. 97 (1980) de 3 de março de 1980. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/445/97/>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

⁴⁰ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴¹ OCDE. **Policy roundtables: Regulated Conduct Defence**. Paris, 2011. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/48606639.pdf>>. Acesso em: 23 de mai. 2020.

concorrenciais ao mercado e aos consumidores é significativo. Para isso, é necessário que o racional por trás de uma decisão ou imposição regulatória do Estado, bem como seu envolvimento no monitoramento dessas normas, sejam revisitados sempre que a análise caso a caso requisitar, a fim de que não haja um descompasso que distorce a competição injustificadamente.

5. Análise concorrencial do caso ANFAPE à luz da *state action doctrine*

5.1 A atuação do Cade frente à complementariedade entre as políticas de propriedade intelectual e defesa da concorrência

Retomando o resumo elaborado sobre o histórico do caso ANFAPE, percebe-se que a questão central que orientou os opinativos divergentes, levando o Processo Administrativo a ser arquivado pela ausência de exercício abusivo do direito de propriedade intelectual pela extensão dos registros de desenho industrial ao *aftermarket*, residiu na alegação de que esse registro foi validamente concedido pelo INPI e é garantido pela Lei de Propriedade Intelectual, que não faz distinção entre mercado primário ou secundário, pelo que não caberia ao Cade questionar e decidir, via processo administrativo sancionador, os possíveis efeitos anticompetitivos do direito em abstrato, concedido por lei.

Em primeiro lugar, é necessário observar que o Antitruste já não é mais tratado como um ramo preso única e exclusivamente a análises econômicas, como estabelecia a Escola de Chicago. Conforme visto anteriormente, o Antitruste não apenas interage com o Direito de Propriedade Intelectual, mas com o ordenamento constitucional brasileiro por inteiro. Dessa forma, os mecanismos utilizados pelo Cade na defesa do Direito da Concorrência devem incluir critérios que extrapolem a teoria econômica.

Sobre a necessidade de evolução do método antitruste, assim esclarece a autora Frazão:

Consequentemente, os modelos econômicos consequencialistas não podem ser utilizados, isolada e unicamente, como critérios de avaliação do bem-estar do consumidor e como diretrizes da aplicação do Direito da Concorrência. Em parte, tal constatação decorre do reconhecimento de que, não obstante o alto desenvolvimento da teoria econômica, nenhum método pode ser considerado infalível ou idôneo para contemplar todas as preocupações do Direito Antitruste. Afinal, um dos saldos deixados por Gadamer para o atual debate científico foi exatamente o fim da idolatria do método (FRAZÃO, 2017, p.44)⁴².

⁴² FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

Trata-se, portanto, da busca e até mesmo da necessidade de haver um pluralismo metodológico no Antitruste (FRAZÃO, 2017)⁴³, que considere a multiplicidade de mercados, cada um com suas particularidades e variáveis, bem como os diversos arranjos e interações entre os agentes econômicos em cada um deles.

É claro que essa abertura jurídica a novas metodologias encontra diversas dificuldades, tais como a legitimidade e a capacidade técnica da autoridade antitruste de realizar análises que protejam objetivos de políticas públicas mais amplas que a defesa da concorrência, a possível ineficiência do arcabouço legal do antitruste para fundamentar essa análise e tutelar de maneira suficiente outras políticas públicas, além da própria insegurança jurídica que decisões com metodologias mais amplas podem gerar para os administrados.

Diante desse cenário, as autoridades devem estar atentas às possíveis dificuldades na ampliação das metodologias de resolução dos conflitos, que deve ser feita com cuidado metodológico, a fim de que não se torne discricionária e comprometa a finalidade do Direito. Para tanto, é necessário que as matérias tuteláveis estejam minimamente conectadas ao Direito Antitruste, justificando a intervenção da autoridade.

Não obstante, é necessário esclarecer que ainda que o Direito Antitruste seja importante para a compreensão do Direito de Propriedade Intelectual, pois, em última análise, ambos procuram incentivar a inovação e preservar o processo competitivo, isso não importa na conclusão de que ele é o único ou o mais eficiente para apreciar e solucionar todos os desafios práticos que se colocam perante o Cade quando se trata de abuso de exercício do direito de propriedade.

A análise antitruste tem um papel relevante na avaliação dos possíveis efeitos anticompetitivos decorrentes do exercício dos direitos de propriedade, mas de maneira nenhuma se pretende afirmar que ela é suficiente para esgotar todos os contornos, nuances e problemas por trás da matéria.

Existem aspectos técnico-econômicos relativos aos desenhos industriais e à propriedade intelectual como um todo que precisam ser ordenados normativamente, aspectos que o Direito da Concorrência não consegue tutelar e disciplinar integralmente, já que, conforme visto nos capítulos anteriores, a livre concorrência não é um valor absoluto.

Assim, ainda que as normas antitruste sejam mais explicitamente fundamentadas na Economia do que normas referentes à Propriedade Intelectual, estas desempenham um papel

⁴³ Ibidem.

tão importante quanto o papel das normas de defesa da concorrência no crescimento econômico (BOHANNAN; HOVENKAMP, 2012)⁴⁴.

Em razão disso, é preciso ter em mente que o Direito da Concorrência e o Direito de Propriedade Intelectual desempenham papéis complementares na promoção de mercados competitivos, igualmente incentivando a inovação e protegendo o bem-estar do consumidor.

Nesse sentido, ainda que a Propriedade Intelectual não seja vista sob uma perspectiva de regulação setorial intensa, já que o INPI consiste em uma autoridade de registro e não em uma agência reguladora propriamente dita, uma aproximação entre a política de propriedade intelectual e os setores regulados parece adequada para analisar possíveis alternativas de resolução de conflitos.

Essa aproximação permite perceber que se mesmo em setores em que o Estado intervém indiretamente para implementar políticas de governo (JUSTEN FILHO, 2009)⁴⁵ não há previsão de imunidade antitruste irrestrita, podendo a legislação concorrencial incidir sobre os casos em que a regulação for incompatível com a defesa da concorrência, o mesmo é verdade para as políticas de propriedade intelectual protegidas pela LPI.

Assim descreve Patrícia Regina Pinheiro Sampaio em sua tese:

De toda forma, um modelo ideal de interação entre entidades reguladoras e setoriais deverá propiciar que a regulação seja formulada sob as lentes da promoção da concorrência, permitindo a criação de uma “cultura concorrencial” ou de uma “regulação para a concorrência”, buscando-se coerência em termos de política pública e cooperação entre as entidades. A boa regulação deve ser promotora da rivalidade entre os agentes econômicos, evitando a edição de normas que restrinjam desnecessariamente o caráter competitivo do mercado regulado ou a formação de estruturas concentradas de poder que tornem provável práticas de abuso unilateral de posição dominante ou coordenação colusiva (SAMPAIO, 2012, p.76)⁴⁶.

No *enforcement* da propriedade intelectual no Brasil, ainda que não haja uma entidade reguladora propriamente dita, a LPI é a expressão das escolhas políticas adotadas pelo legislador para o ordenamento. Nesse sentido, as afirmações feitas no trecho acima também são válidas para as disposições da LPI e, conseqüentemente, para as políticas de defesa da

⁴⁴ BOHANNAN, Cristina; HOVENKAMP, Herbert. **Creation without restraint**: promoting liberty and rivalry in innovation. New York: Oxford University Press, 2012.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴⁶ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura**: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

propriedade intelectual no Brasil, que não devem promover, desnecessariamente, restrições à livre concorrência.

Ocorre que, conforme descrito anteriormente, as políticas de defesa da propriedade intelectual utilizam-se de instrumentos e abordagens diferentes daqueles empregados pelos órgãos de defesa da concorrência, assim como os setores regulados, conforme indicado pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) em guia de melhores práticas a respeito da divisão de competências entre órgãos reguladores e autoridades de defesa da concorrência (UNCTAD, 2006, p.4)⁴⁷, consoante imagem abaixo:

Table 1. Institutional characteristics of sector regulators and competition authorities

	Sector Regulator	Competition Authority
A. Mandate	Substitute for lack of competition; broad range of socio-economic goals	Protect and enhance process of competition; emphasis on efficiency goals and consumer welfare
B. Approach	<ul style="list-style-type: none"> - attenuate effects of market power wielded by natural or network monopoly - impose and monitor behavioural conditions - <i>ex-ante</i> prescriptive approach - frequent interventions requiring continual flow of information 	<ul style="list-style-type: none"> - forestall and penalize anticompetitive conduct - impose structural (and behavioural) remedies - <i>ex-post</i> enforcement (except with merger review) - information gathered in case of investigation; more reliant on complaints

Fonte: Adaptada pela UNCTAD de estudo da OCDE, *Relationship between regulators and competition authorities*.1999. DAFPE/CLP(99)8.

De acordo com as considerações da UNCTAD, ao passo em que as autoridades regulatórias possuem atribuições mais abrangentes, abarcando um amplo rol de objetivos socioeconômicos, com uma atuação de cunho prospectivo que envolve intervenções e monitoramento frequentes, as autoridades de defesa da concorrência estão voltadas

⁴⁷ UNCTAD. **Best practices for defining respective competences and settling of cases, which involve joint action by competition authorities and regulatory bodies**. Genebra: UNCTAD, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/304EH79>. Acesso em: 3 nov. 2018.

prioritariamente para o aprimoramento do processo competitivo, reprimindo pontualmente condutas anticoncorrenciais identificadas em casos concretos, através da imposição de remédios estruturais e comportamentais capazes de dissuadir a prática dessas condutas.

Nesse aspecto, as políticas de defesa da propriedade intelectual são menos abrangentes que políticas setoriais, porém seus mandatos legais e abordagem atuam de maneira semelhante, fazendo com que a competição ceda espaço a outros fins.

Em razão dessas diferenças, é inevitável que surjam conflitos e atritos na escolha dos métodos e na decisão quanto à capacidade do Cade de resolver um determinado dilema relacionado ao direito de propriedade intelectual de maneira mais eficiente. Soma-se a isso o fato de que a delimitação das competências e limites de atuação da autoridade antitruste diante dos limites da Lei de Defesa da Concorrência e da Lei de Propriedade Intelectual não é perfeitamente identificável na resolução de conflitos que envolvem aspectos econômicos, técnicos e concorrenciais.

Nesse sentido, não se ignora o fato de que da mesma forma que decisões políticas a respeito do direito de propriedade intelectual podem afetar as condições de concorrência entre os agentes do setor e, em última escala, os próprios consumidores, decisões da autoridade concorrencial também causam impactos nas políticas de propriedade intelectual.

Dessa forma, os ditames da Lei 9.279/96, bem como o papel do INPI na concessão dos registros de desenho industrial, se mantêm relevantes, assim como a atuação das autoridades de defesa da concorrência. Em verdade, a própria UNCTAD, no guia anteriormente citado neste trabalho, destaca que deve haver cooperação e transparência entre autoridades reguladoras e autoridades da defesa da concorrência a fim de construir políticas públicas coerentes:

In setting out to define the respective competences of competition authorities and regulatory bodies, most countries have recognized the need to foster close cooperation and policy coherence between these two groups of regulators in the implementation of their respective mandates. A key element of this cooperation is the timely exchange of information and prior consultation between sector regulators and competition authorities on issues that impact on one another's areas of specialization. A number of jurisdictions have created regulators' forums through which sector regulators and the competition authority keep in regular contact and strengthen and consolidate their cooperation and coordination. In some jurisdictions the competition authority has concluded memoranda of understanding with other regulatory bodies, which typically set out the manner in which the parties will interact with respect to issues that require joint action (UNCTAD, 2006, p.4)⁴⁸.

⁴⁸ UNCTAD. **Best practices for defining respective competences and settling of cases, which involve joint action by competition authorities and regulatory bodies.** Genebra: UNCTAD, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/304EH79>. Acesso em: 3 nov. 2018.

Mais um vez, a necessidade de transparência e cooperação aplica-se igualmente à relação entre o INPI e a autoridade antitruste. Ou seja, a despeito das especificidades de cada jurisdição, dos arranjos institucionais e das particularidades de cada mercado, um sistema de competências complementares que seja transparente e, preferencialmente, institucionalizado, é de suma importância para a afirmação de políticas públicas coerentes, sem que as competências de uma usurpem as da outra.

Nessa tarefa, vale acrescentar que o diálogo entre o Direito da Concorrência e o Direito de Propriedade Intelectual não deve ocorrer apenas na ocasião da edição de uma norma, por exemplo, o que exigiria uma consulta *a priori*. Do contrário, um acompanhamento *a posteriori* também é de suma importância. O intercâmbio constante de informações e a cooperação faz-se necessário, inclusive, em benefício direto aos próprios agentes de mercado, pois políticas públicas alinhadas geram menos custos aos administrados.

5.2 A *state action doctrine* como solução para o conflito de normas do caso ANFAPE

Feitas essas considerações quanto à complementariedade entre as políticas de propriedade intelectual e concorrência, não parece acertado que previsões legislativas que disciplinem os direitos de propriedade intelectual e o seu exercício, em seus aspectos técnicos, retirem a matéria do campo de competência do Cade.

Conforme visto anteriormente, as leis de Propriedade Intelectual são inerentemente excludentes. No entanto, conforme primorosamente apontado por Bohannan e Hovenkamp, a exclusão autorizada aos titulares de direitos de propriedade intelectual, por um período de tempo limitado, não é a mesma coisa que "exclusão de mercado". Nesse sentido, as práticas de exclusão tornam-se uma preocupação para a política de concorrência quando procuram transformar-se em exclusão de mercado (BOHANNAN; HOVENKAMP, 2012)⁴⁹.

No conflito apresentado pelo caso ANFAPE, o conjunto fático mostrava que a Lei de Propriedade Industrial não considerou a existência de um mercado primário e de um mercado secundário e, conseqüentemente, desconsiderou os possíveis impactos anticompetitivos da extensão dos registros de desenho industrial ao *aftermarket*.

⁴⁹ BOHANNAN, Cristina; HOVENKAMP, Herbert. **Creation without restraint**: promoting liberty and rivalry in innovation. New York: Oxford University Press, 2012.

Diante desse cenário e da hipótese de exercício abusivo do direito de propriedade intelectual, que possivelmente ainda serão alvo de debates semelhantes no Cade em casos futuros, a pergunta que surge é: há alternativa fora dos instrumentos tradicionalmente aplicados pelo Direito Antitruste para solucionar conflitos entre os dois ramos quando a lei específica sobre propriedade intelectual (ou outra matéria) é silente sobre a mitigação da concorrência frente a algumas especificidades do mercado?

Na perspectiva de ampliar os mecanismos utilizados pelo Cade para além de instrumentos puramente econômicos, aproveitando os benefícios já citados do pluralismo metodológico na busca por evoluir o método antitruste, conforme pontuado anteriormente, é possível buscar uma solução para a questão nos exemplos de embates entre o Direito da Concorrência e a regulação, mais especificamente, por meio da aplicação por analogia da *state action doctrine*.

A despeito das políticas de defesa dos direitos de propriedade intelectual não decorrerem de medidas regulatórias, conforme já mencionado, a lógica da teoria pode ser aplicada a essa situação, respaldada pela existência de diversos pontos em comum entre os dois cenários.

Em primeiro lugar, conforme amplamente debatido ao longo do artigo, tal como ocorre entre regulação e defesa da concorrência, o Direito de Propriedade Intelectual está conectado ao Direito Antitruste, sendo que ambos desempenham papéis complementares na promoção de mercados competitivos e na realização do interesse público.

Em segundo lugar, tal como as normas regulatórias, as leis de propriedade intelectual são expressão de políticas públicas, definidas e aprovadas pelos legisladores. Nesse sentido, é possível aplicar o primeiro critério da *state action* (a intenção do Estado de restringir a concorrência, em decorrência de uma política clara e direta) observando a ressalva de que, como parte do ordenamento constitucional brasileiro, as leis de defesa da propriedade intelectual não devem promover desnecessariamente restrições à livre concorrência.

Finalmente, o segundo critério *state action* também pode ser aplicado na análise, já que o Estado também deve estar ativamente envolvido na supervisão, implementação e controle das leis no geral, sendo que, em casos de irracionalidade ou desproporcionalidade de alguma medida, é seu dever rever a aplicação tanto de leis quanto de normas regulatórias, a fim de suprir lacunas ou dirimir conflitos.

Em outras palavras, a conduta dos agentes econômicos privados, ao exercerem seus direitos de propriedade intelectual, não estaria isenta da legislação antitruste a não ser quando

o Estado explicitamente optasse por mitigar a livre concorrência e caso se mantivesse ativo em fiscalizar de que forma essa mitigação estaria ocorrendo no mercado.

Nesse sentido, a menos que a legislação afirme o contrário, práticas anticompetitivas serão identificadas e analisadas aplicando-se princípios do Antitruste (HOVENKAMP, 2005)⁵⁰. Assim, a intervenção da autoridade antitruste não seria apropriada para questionar uma escolha política de um Estado soberano, mas seria perfeitamente aplicável quando o agente econômico não houver sido submetido ao escrutínio governamental, quando a conduta questionada não estiver efetivamente sob o comando do Estado, quando o regime regulatório possuir lacunas que permitam a atuação anticompetitivas das empresas, ou ainda quando o processo regulatório for invocado como subterfúgio (HOVENKAMP, 2005)⁵¹.

Vale destacar que as leis de propriedade intelectual raramente se preocupam com a estrutura do mercado, mas apenas com o incentivo à inovação. Por outro lado, o Antitruste está fortemente envolvido em questões quanto à estrutura de mercado (BOHANNAN; HOVENKAMP, 2012)⁵². Contudo, em situações como a do caso ANFAPE, a relação entre competição, inovação e estrutura de mercado é precisamente o cerne do conflito.

Portanto, seguir o entendimento de que tão somente o fato de existir lei específica sobre a matéria encerra a discussão concorrencial pode ser uma abordagem perigosa, seja porque, ao aplicar a isenção da *state action doctrine*, de maneira automática, pode não se distinguir condutas competitivas de condutas anticompetitivas, impedindo um engajamento efetivo entre a política da agência (em nossa analogia, do legislador), seja porque o fato de que uma determinada provisão um dia autorizou uma conduta em particular não significa que a mesma isenção pode ser generalizada para casos futuros, desconsiderando o potencial anticompetitivo mais elevado de outras condutas (HOVENKAMP, 2012)⁵³.

Assim, justificar a extensão dos registros de desenho industrial ao mercado secundário de peças automotivas com base na existência de lei específica, a LPI, que não faz distinção quanto ao exercício dos direitos de propriedade no mercado primário ou secundário é desarrazoado. Conforme apontam os critérios da *state action doctrine*, trata-se exatamente da

⁵⁰ HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**. 3. ed. St. Paul: West Group, 2005.

⁵¹ Ibidem.

⁵² BOHANNAN, Cristina; HOVENKAMP, Herbert. **Creation without restraint: promoting liberty and rivalry in innovation**. New York: Oxford University Press, 2012.

⁵³ HOVENKAMP, Herbert J. Antitrust's State Action Doctrine and the Ordinary Powers of Corporations. University of Iowa (**College of Law Iowa Legal Studies Research Paper No. 12-30**), 12 de julho de 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2012717>. Acesso em: 01 jun. 2020.

hipótese em que a lei é silente quanto à mitigação da concorrência no *aftermarket*, não havendo também monitoramento da atuação das montadoras. Dessa forma, não se justifica excluir o caso da apreciação da autoridade concorrencial, pois nessa situação, a análise da conduta à luz dos princípios da livre concorrência é determinante para compreendermos se a omissão da lei não prejudica a própria existência e manutenção do mercado secundário.

Do ponto de vista jurídico não existe isenção antitruste à exploração dos direitos de propriedade intelectual na Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011)⁵⁴ e o Antitruste não pune o poder econômico legitimamente adquirido, mas sim seu abuso (RIBAS, 2011)⁵⁵. Além disso, do ponto de vista econômico, a insuficiente comprovação dos efeitos dos direitos de propriedade intelectual sobre o desenvolvimento econômico e a inovação – já que a própria proteção à PI, por vezes, pode inibir a inovação cumulativa; e o licenciamento pode conter restrições que geram distorções artificiais nos mercados envolvidos (RIBAS, 2011)⁵⁶.

Essas justificativas somam-se aos requisitos exigidos para aplicação da isenção prevista pela *state action doctrine*, que não são preenchidos pelo arcabouço fático e legal do caso ANFAPE, fundamentando uma atuação complementar do Cade ao analisar o grau de autonomia dos agentes econômicos orientados por normas regulatórias, ou leis que expressam políticas públicas do Estado, segundo aproximação que adotamos neste trabalho. Nesse sentido, ressalta Frazão:

Nas hipóteses em que normas regulatórias substituam a livre concorrência, não deixando margem para a atuação autônoma dos agentes econômicos, a legislação antitruste será afastada. Entretanto, verificando-se a existência de omissão ou de lacunas na regulação, o CADE poderá intervir para sancionar práticas contrárias à ordem econômica. O que não se admite é a revisão das políticas regulatórias pelo CADE, na medida em que a regulação e o Direito devem incidir de maneira complementar (FRAZÃO, 2017, p.334).⁵⁷

Portanto, a autoridade concorrencial deve utilizar-se de todas as vias institucionais cabíveis a depender dos possíveis efeitos anticompetitivos gerados por uma norma deletéria à concorrência que não seja razoável e proporcional em razão de outro valor.

⁵⁴ Apesar de não haver previsão legal expressa quanto à existência de setores isentos da análise antitruste, o tema não é pacífico na doutrina. Alguns doutrinadores sustentam a existência de algumas isenções no ordenamento antitruste como, por exemplo, no setor financeiro e nos acordos de exclusividade autorizados pela Lei Ferrari (Lei 6.729/1979).

⁵⁵ RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **Direito Antitruste e Propriedade Intelectual**: uma abordagem sob a ótica das vendas casadas. São Paulo: Singular, 2011.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

Conforme apontam Bohannan e Hovenkamp (2012)⁵⁸, ainda que o objetivo do Antitruste não seja consertar defeitos ou solucionar deficiências em outros regimes regulatórios, a política antitruste deve se sentir à vontade para buscar resultados mais competitivos, tanto com relação a áreas reguladas propriamente ditas, quanto com relação à Propriedade Intelectual ou outras leis que deixem questões importantes em aberto.

Qualquer atividade econômica está sujeita a diversas aprovações governamentais, de modo que a existência da Lei de Propriedade Intelectual, que adequadamente prevê e dispõe sobre os registros de desenho industrial, não significa que a autoridade concorrencial não possa reprovar a conduta, considerando-a anticompetitiva, na ausência de uma política expressa e bem definida pela lei pública que claramente visasse substituir a concorrência.

Nesse sentido, infrações cujos efeitos anticompetitivos não foram previstos pela autoridade reguladora ou na legislação demandam atenção e atividade investigativa cuidadosa. É neste momento que a expertise do Cade se torna mais importante, afinal, a autoridade antitruste é aquela competente para apontar infrações que possivelmente não seriam reconhecidas por outros órgãos e agências, ou até mesmo pelo legislador. Assim expõe Patrícia Sampaio ao falar dos setores regulados de infraestrutura, lógica que pode ser aplicada também ao presente caso:

A sugestão caminha no sentido de que o resguardo da competência da entidade antitruste para fiscalização das condutas dos agentes econômicos nos setores regulados de infraestrutura pode ser de extrema relevância para se proteger a concorrência em situações nas quais, por qualquer razão, a entidade reguladora não tenha coibido uma prática efetivamente violadora da concorrência (SAMPAIO, 2012, p.324)⁵⁹.

Dessa forma, é importante perceber que os mercados são dinâmicos e estão em constante mudança. Aquilo que foi previsto pelo legislador originário pode não ser mais condizente com a realidade dos *players* no mercado. Daí a necessidade de fiscalização da conduta dos agentes e de participação ativa das autoridades antitruste a fim de atualizar, ajustar e definir os contornos das condutas dos agentes econômicos em cada mercado levado a apreciação.

⁵⁸ BOHANNAN, Cristina; HOVENKAMP, Herbert. **Creation without restraint**: promoting liberty and rivalry in innovation. New York: Oxford University Press, 2012.

⁵⁹ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura**: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

6. CONCLUSÃO

O caso ANFAPE, julgado em 14 de março de 2018, representa um importante marco para o Direito Antitruste Brasileiro, sobretudo nos tempos atuais, em que o avanço tecnológico e a inovação têm se tornado diferenciais competitivos cada vez mais determinantes, responsáveis por atrair e captar a lealdade dos consumidores, além de consagrar as empresas no mercado.

Nesse sentido, compreender de que forma o Direito de Propriedade Intelectual e o Direito Antitruste se relacionam, quais os contornos e limites dessa interação, bem como qual o papel do Cade no controle repressivo de condutas abusivas à ordem econômica, torna-se uma tarefa complexa, porém necessária.

Dessa forma, observa-se que tanto o Direito de Propriedade Intelectual quanto o Direito Antitruste devem promover, além da inovação, os demais valores constitucionais que orientam a ordem econômica e o direito de propriedade, tais como o desenvolvimento socioeconômico nacional, a defesa do consumidor, a livre iniciativa e a função social da propriedade.

Nesse sentido, o caso ANFAPE, assim como outros, apresenta conflitos que devem ser analisados em conjunto. Além de ser impossível dissociar o Direito da Concorrência do Direito de Propriedade Intelectual em casos como esse, observou-se que, como parte do ordenamento constitucional brasileiro, o Direito Antitruste deve superar argumentos e metodologias puramente econômicos e adotar critérios que abarquem os valores constitucionais que o orientam, dentre eles a função social da propriedade, a fim de cumprir com sua finalidade.

Assim, apesar dos enfoques e competências do Direito Antitruste e do Direito de Propriedade Intelectual serem distintos e das dificuldades que daí decorrem, tratam-se de políticas públicas complementares, de modo que, tratando-se da experiência brasileira, deve haver cooperação, diálogo e transparência entre o Cade e o INPI.

Diante disso, a experiência dos setores regulados e a complementariedade entre a regulação e a defesa da concorrência pode contribuir para a solução de conflitos antitruste envolvendo o exercício de direitos de propriedade intelectual. Entende-se, nesse sentido, que a teoria norte-americana da *state action doctrine*, aplicável aos setores regulados e aqui estendida à compreensão das leis de defesa da propriedade intelectual, poderia ser aplicada por analogia como uma alternativa adequada para definir em que casos haveria ou não limitações à propriedade intelectual, quando a análise em sede de processo administrativo sancionador

identificar efeitos anticompetitivos sobre os quais não há autorização expressa ou processo de revisão constante da conduta autorizada.

Nesse cenário, diante da complementariedade e necessidade de conciliação entre o Direito de PI e o Direito Antitruste, e respeitados os limites e funções dessas áreas, conclui-se que a aplicação por analogia da *state action doctrine* permitiria que o Direito da Concorrência analisasse com uma lente ampla a complexa questão quanto ao exercício dos direitos de propriedade intelectual e fornecesse uma resposta capaz de concretizar os princípios constitucionais da função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa dos consumidores e os ditames da justiça social.

Referências

BOHANNAN, Cristina; HOVENKAMP, Herbert. **Creation without restraint: promoting liberty and rivalry in innovation.** New York: Oxford University Press, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://bit.ly/2vyDk3L>. Acesso em: 8 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: <https://bit.ly/2Ms7GK0>. Acesso em: 8 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: <https://bit.ly/3gT0WCQ>. Acesso em: 8 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/2XsaZpn>. Acesso em: 22 set. 2018.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Procuradoria Geral Federal. **Parecer Nº 42/2016/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU.** Processo Nº 08012.002673/2007-51. Brasília: AGU, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2U9zh76>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Processo Administrativo 08012.002673/2007-51.** Relator: Conselheiro Paulo Burnier, 14 de março de 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Volume 11.** Apartado Confidencial nº 08012.002673/2007-51. Fls. 2409-2472. Brasília: CADE, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3dwBbq6>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Volume 12**. Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51. Fls. 2777-2813. Brasília: CADE, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/36XaCYB>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Volume 13**. Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51. Fls. 3232-3240. Brasília: CADE, 2009a. Disponível em: <https://bit.ly/3eKpa0n>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto Versão Pública**. Processo Administrativo 08012.006504/2005-29. Relator: Conselheiro João Paulo Resende, 19 de out. de 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPURIUFiJPYi-y9WLhGJgKxNkwG_UaTnrNoyz8F4HzXWfvMixx0X9oaY_oTc36H4Om-bcB-L58VynxMRAUopHd. Acesso em: 10 mai. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto Versão Pública**. Processo Administrativo 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier, 14 de março de 2018a. Disponível em: <https://bit.ly/306t0Nq>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto-Vista**. Processo Administrativo 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro João Paulo Resende, 14 de março de 2018b. Disponível em: <https://bit.ly/2U7vR4G>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto-Vista Versão Pública**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto-Vista: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, 14 de março de 2018c. Disponível em: <https://bit.ly/2U9kqtv>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto-Vogal**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto-Vogal: Alexandre Barreto de Souza, 19 de março de 2018d. Disponível em: <https://bit.ly/3gLWtBY>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto-Vogal**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto-Vogal: Conselheira Cristiane Alkmin J. Schmidt, 14 de março de 2018e. Disponível em: <https://bit.ly/3gT33GZ>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Voto-Vogal**. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Voto-Vogal: Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova, 14 de março de 2018f. Disponível em: <https://bit.ly/3gT33GZ>. Acesso em: 20 set. 2018

BRASIL. Ministério Público Federal. **Parecer Nº 9/2017/MBL/MPF/CADE**. Processo Nº 08012.002673/2007-51. Brasília: MPF, 2017a. Disponível em: <https://bit.ly/3cxeWir>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRITTO, Tatiana Alessio de. **Neutralidade de Redes: Mercado de dois lados, antitruste e regulação**. 2018. Tese (Doutorado em Economia) – Departamento de Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

CAIXETA, D. B. Imunidade antitruste às Ações Governamentais no contexto da desregulação do setor de telecomunicações: uma análise a partir do julgamento do caso VU-M pelo CADE. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 127-158, 2014.

FARRELL, Joseph; SHAPIRO, Carl. Intellectual Property, Competition, and Information Technology. **Competition Policy Center**, Berkeley, 2004.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

HOVENKAMP, Herbert J. **Antitrust's State Action Doctrine and the Ordinary Powers of Corporations**. University of Iowa (College of Law Iowa Legal Studies Research Paper No. 12-30), 12 de julho de 2012. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2012717>. Acesso em: 01 jun. 2020.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**. 3. ed. St. Paul: West Group, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KATZ, Ariel. **Making sense of non-sense: intellectual property, antitrust, and market power**. Arizona Law Review, Tucson, v. 49, p. 837-909, 2007.

MCCALL, Linda. The state action exemption in antitrust: from Parker v. Brown to Cantor v. Detroit Edison Co. **Duke Law Journal**, Durham, v. 1977, n. 4, p. 871-908, 1977.

MOTTA, Massimo. **Competition policy: theory and practice**. New York: Cambridge University Press, 2004.

OCDE. **Policy roundtables: Regulated Conduct Defence**. Paris, 2011. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/48606639.pdf>>. Acesso em 23 de maio de 2020.

POSNER, Richard A. **Antitrust in the New Economy**. John M. Olin Law & Economics Working Paper nº 106, 2nd series, 2000. Disponível em:

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=249316>. Acesso em 14 de novembro de 2018.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **Direito Antitruste e Propriedade Intelectual**: uma abordagem sob a ótica das vendas casadas. São Paulo: Singular, 2011.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura**: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SCHUMPETER, Joseph A. **The Theory of Economic Development**: Inquiry into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycle. New York: Routledge, 2017.

UNCTAD. **Best practices for defining respective competences and settling of cases, which involve joint action by competition authorities and regulatory bodies**. Genebra: UNCTAD, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/304EH79>. Acesso em: 3 nov. 2018.

U.S. Supreme Court. **California Liquor Dealers v. Midcal Aluminum, 445 U.S. 97** (1980) de 3 de março de 1980. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/445/97/>>. Acesso em 23 de maio de 2020.

U.S. Supreme Court. **Parker v. Brown, 317 U.S. 341** (1943) de 4 de janeiro de 1943. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/341/case.html>>. Acesso em 23 de maio de 2020.

**Dos Acordos de Leniência do CADE e da CGU
Qual balcão é o mais atrativo?**

*The leniency agreements of CADE and CGU:
which bureau is the most attractive?*

Gabriel Caser dos Passos¹

RESUMO

Este artigo busca responder a pergunta: Dentre os acordos de leniência da CGU e do CADE, qual seria o mais atrativo para os agentes que incorrem em ilícito conforme os critérios (a) transparência do processo, (b) segurança jurídica; (c) sanções; e (d) enforcement? Para responde-la, selecionamos os principais aspectos da Lei Antitruste, aplicada pelo CADE, e da Lei Anticorrupção, aplicada pela CGU, para serem comparados: (1) legislação, guias e diretrizes para um acordo de leniência; (2) finalidade das Leis; (3) alcance das Leis; (4) requisitos para o acordo; (5) benefícios dos acordos; (6) publicização; (7) descumprimento. Desse modo, a pergunta proposta pode ser simplificada em: “Qual balcão é o mais atrativo?”, a qual ganha uma resposta parcial para cada aspecto analisado. Embora os acordos não sejam excludentes entre si, na conclusão apontamos que o acordo de leniência do CADE se sobressai.

Palavras-chave: Acordo de leniência; CADE; Antitruste; CGU; Lei Anticorrupção.

ABSTRACT

This article seeks to answer the question: Among the leniency agreements of CGU and CADE, which would be the most attractive for agents that are guilty of misconduct, and, consequently, results in a greater deterrent effect according to the criteria: (a) transparency of the process, (b) legal certainty; (c) sanctions; and (d) enforcement. In order to answer the question, we selected main aspects of the Antitrust Law, applied by CADE, and of the Anti-Corruption Law, applied by CGU, to be compared: (1) legislation, guidelines and directives for leniency agreements; (2) scope of each law; (3) intended reach of the laws; (4) requirements for each type of agreement; (5) benefits of each type of agreement; (6) disclosure requirements; and (7) noncompliance. Accordingly, the question is partially answered throughout the analysis. Although the two types of agreement are not mutually exclusive, we conclude that the leniency agreement of CADE stand out in the majority of these aspects.

Keywords: leniency agreement; CADE; Antitrust; CGU; Brazilian Anti-corruption Law.

JEL: K21

¹ Graduando de Direito na USP. E-mail: gabrielcaser9@hotmail.com.

SUMÁRIO. 1. Introdução 2. Legislação, guias e diretrizes para um acordo de leniência. 3. Finalidade das Leis. 4. Alcance das Leis. 5. Requisitos para o acordo. 6. Benefícios dos acordos. 7. Publicização. 8. Descumprimento. Conclusão. Referências.

1. Introdução

O artigo se propõe a fazer uma comparação do instituto jurídico denominado “acordo de leniência” de duas Leis diferentes, a Lei 12.846/2013 (BRASIL, 2013)², também conhecida como “Lei Anticorrupção” (LAC), e a Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011)³, também conhecida como “Lei do CADE” ou “Lei Antitruste”.

É preciso, de forma preliminar, destacar dois pontos. Primeiro, os acordos de forma alguma competem entre si. Como se trata de duas Leis diferentes com competências e objetos diferentes, os acordos não são excludentes. Pelo contrário, quando um acordo é firmado, seja na CGU seja no CADE, os próprios órgãos se propõem a intermediar as tratativas um com o outro, caso a empresa e/ou pessoa física tenha cometido ilícitos no âmbito da outra Lei e deseje fazer outro acordo (BRASIL, 2016)⁴. Além disso, como a Lei Anticorrupção legitima uma série de agentes para propor tal acordo, delimitamos o tema no órgão competente no âmbito federal, a Controladoria Geral da União (CGU), conforme disposto no art. 16, § 10 da Lei 12.846/2013. Segundo, o artigo não tem como escopo evidenciar qual seria o acordo que promove o maior

² BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013.

³ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

⁴ Pergunta 26. “Observa-se que na hipótese de a empresa ou pessoa física ter participado de ilícito envolvendo, concomitantemente, os crimes de cartel e outros ilícitos, não há regra legal pré-definida sobre qual órgão deve ser primeiramente procurado pelo proponente do acordo. Se o proponente buscar primeiramente a Superintendência-Geral do Cade, o Cade poderá realizar a coordenação com o Ministério Público, a CGU e/os outros órgãos investigadores, a pedido do proponente do Acordo de Leniência Antitruste. Já na hipótese de o proponente buscar primeiramente o Ministério Público, a CGU e/ou outros órgãos, esses também poderão, na sequência, buscar a SG/Cade para negociar o Acordo de Leniência Antitruste, a pedido do proponente do acordo. Todavia, observa-se que as negociações de acordo de leniência previstas na Lei nº 12.529/2011 e na Lei nº 12.846/2013 ocorrem no âmbito de autoridades distintas e as negociações são independentes entre si. A negociação e a assinatura de ambos os acordos de leniência, portanto, ocorrem a critério das autoridades competentes e não dependem da celebração ou de acordos com outras autoridades. Assim, embora a Superintendência-Geral do Cade possa auxiliar os proponentes do Acordo de Leniência nessa interlocução com a autoridade competente para a investigação de outros ilícitos, a negociação e a assinatura de eventuais acordos ocorrem a critério das autoridades competentes”. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: CADE, 2016.

efeito dissuasório, no sentido de apontar qual dos diferentes modelos é mais efetivo no sentido de balancear corretamente o ônus de se absolver um infrator em troca de informações que levem à punição de outros infratores. Nossa análise presta-se a um ponto anterior, ou seja, evidenciar qual seria o acordo mais atraente para que o agente que cometeu o ilícito busque aderir ao programa de leniência.

No entanto, a relevância da comparação feita ao longo do artigo se deve a três motivos principais. O primeiro porque a atratividade de um programa de leniência é o primeiro passo, ainda que não o único, para se efetivar um dos principais objetivos de um programa de leniência, ou seja, dissuadir práticas ilícitas futuras. Estando claras as respostas de perguntas como “quais os requisitos?”, “quem pode celebrar?”, “quais os benefícios?”, “quais os efeitos em outras esferas?”⁵, e sendo as respostas atrativas, a Administração Pública poderá, através das condições e termos do acordo, alcançar outros agentes que cometeram o ilícito, sancionando-os e desincentivando delitos futuros.

O segundo motivo é que os modelos sempre podem ser aprimorados nos pontos em que estão inadequados, evitando-se o desgaste do instituto e o enfraquecimento do modelo de gestão pública consensual⁶. De tal forma, a percepção pelo CADE ou pela CGU da existência de um acordo de outra instituição mais bem estruturado em algum aspecto poderá resultar em uma tentativa de aprimoramento desse aspecto do acordo.

O terceiro se dá diante da constante discussão acerca da necessidade de um balcão único para a negociação de acordos de leniência no Brasil⁷. Ou seja, uma vez que as instituições decidam por unificar as negociações de um acordo de leniência, seria inevitável que se apropriassem das melhores experiências até então adotadas nos diferentes órgãos da Administração Pública brasileira. O presente texto busca, justamente, apontar algumas dessas melhores práticas.

⁵ ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática** - CADE, BC CVM, CGU, AGU, TCU, MP. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁶ Thiago Marra lança mão do ditado “O uso do cachimbo entorta a boca” para explicar como o uso inadequado do instituto dos acordos de leniência pode enfraquecer a política pública de combate à corrupção. MARRARA, Thiago. Acordos de Leniência na Lei Anticorrupção: pontos de estrangulamento da segurança jurídica. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 95-113, 2019, p. 97.

⁷ MACEDO, Alexandre Cordeiro; SANT’ANA, Raquel Mazzuco. Balcão Único para Negociação de Acordos de Leniência no Brasil (Leniency Agreements in Brazil: The Proposition of ‘One-Stop Shop’). **SSRN**, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2Uw9XIO>. Acessado em: 1 jun. 2020.

Nesse tema circunscrito, a pergunta que buscamos responder é: Dentre os acordos de leniência da CGU e do CADE, qual seria o mais atrativo para os agentes que incorrem em ilícito, conforme os critérios (a) transparência do processo, (b) segurança jurídica; (c) sanções; e (d) *enforcement*?

A escolha desses critérios se deu com base nas análises de Kloub e Hammond (*apud* SIMÃO; VIANNA, 2017)⁸. Segundo os autores, são quatro os requisitos básicos que determinam a efetividade de um programa de leniência: (i) as pessoas devem ter o receio de que sanções severas podem ser impostas; (ii) autoridades devem demonstrar a capacidade de investigar e punir; (iii) fundamental tornar públicos os resultados para sopesar os benefícios concedidos e os ilícitos descobertos; e (iv) deixar o programa o mais previsível e transparente possível, a fim de que o potencial colaborador pondere adequadamente os riscos e benefícios.

Adaptamos esses requisitos básicos para a efetividade de um programa de leniência para analisar qual acordo seria mais atrativo para os agentes alvos do programa. Com isso, chegamos aos critérios de análise: (a) transparência do processo, (b) segurança jurídica; (c) sanções; e (d) *enforcement*. Esses critérios serão utilizados de forma a comparar determinados aspectos das Leis referentes ao acordo de leniência do CADE e da CGU.

Os aspectos comparados são: (1) legislação, guias e diretrizes para um acordo de leniência; (2) finalidade das Leis; (3) alcance das Leis; (4) requisitos para o acordo; (5) benefícios dos acordos; (6) publicização; (7) descumprimento⁹. Cada aspecto foi trabalhado em capítulos específicos, cada qual com seus subcapítulos e subtemas, evidenciando como a CGU e o CADE os abordam e, utilizando dos critérios aqui já enumerados, qual dos órgãos regula aquele aspecto de forma mais atrativa. Assim, através desse método, tentaremos responder a pergunta já proposta: “Qual seria o mais atrativo para os agentes privados, que incorrem em

⁸ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção**: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan, 2017.

⁹ Para uma comparação através de outros aspectos, pode-se consultar a análise de Thiago Marrara. O autor fez uma tabela comparativa entre as Leis Anticorrupção, Lei Antitruste e Lei de Licitações utilizando como aspectos de comparação: (1) entidade competente; (2) first come, first serve; (3) obrigatoriedade da confissão; (4) uso do sigilo; (5) leniência oral; (6) necessidade de suspensão na prática; (7) efeitos da negociação frustrada; (8) consequências do inadimplemento; (9) leniência prévia concomitante; (10) leniência plus; (11) efeitos administrativos internos; (12) benefício da maior multa; (13) efeitos administrativos externos; (14) efeitos penais; (15) efeitos civil; (16) efeitos internacionais. MARRARA, Thiago. Acordos de Leniência no Processo Administrativo Brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 509-527, 3 jul. 2015.

ilícito nos critérios (a) transparência do processo, (b) segurança jurídica; (c) sanções; e (d) *enforcement?*”.

A hipótese inicial é que o acordo do CADE seria mais atrativo para os agentes privados que incorrem em ilícito do que o acordo da CGU. Explicamos. Após 5 anos de vigência da Lei (2014/2018), foram firmados ao todo 6 acordos de leniência nos moldes da Lei 12.846/2013, e até 2016 apenas um acordo havia sido firmado na CGU (CANETTI, 2018)¹⁰. Enquanto isso, o CADE firmou, após 5 anos de vigência da Lei (2012/2017), 59 acordos de leniência, ou 81 contando com os pedidos de leniência *plus*¹¹. Partindo do princípio que tanto infrações de caráter anticoncorrencial quanto infrações dispostas na LAC acontecem recorrentemente e são de difícil detecção, a incoerência, na prática, da celebração de acordos pela LAC não se deve a incoerência dos ilícitos tipificados na Lei. Portanto, a disparidade do número de acordos deve ter outra origem. E daí surgiu nossa hipótese.

2. Legislação, guias e diretrizes para um acordo de leniência

Para que o acordo de leniência seja celebrado é preciso que determinados ritos, normas e requisitos sejam seguidos. Muitas vezes essas disposições encontram-se dispersas no ordenamento em diferentes documentos, guias, portarias, instruções normativas e Leis. A ideia aqui é indicar quais as principais fontes normativas, cogentes ou vinculantes na prática, de cada um dos tipos de acordo aqui analisados.

2.1 CGU

As principais fontes que normatizam sobre o acordo de leniência a ser celebrado pela CGU são as seguintes: (i) Lei 12.846/2013 (BRASIL,2013)¹², também conhecida como Lei

¹⁰ CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de leniência**: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante no ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018. No entanto, até 13.02.2019 foram firmados 6 acordos de leniência com base na Lei Anticorrupção e outros 19 estão em andamento. BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordo de Leniência**. Brasília: CGU, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2zOBEFC>. Acesso em: 13 fev. 2019.

¹¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Estatísticas do Programa de Leniência do Cade**. Brasília: CADE, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3cPKqR8>. Acessado em: 25 maio 2020.

¹² BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013.

Anticorrupção (principalmente arts. 16 e 17); (ii) Decreto nº 8.420 de 2015 (BRASIL,2015)¹³ - regulamentação geral do programa de leniência); (iii) Portaria CGU nº 909/2015; (iv) Portaria CGU nº 910/2015 (procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa da Lei Anticorrupção); (v) Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278/2016 (BRASIL,2016)¹⁴ (procedimentos do acordo de leniência e participação da AGU)¹⁵; (vi) Instruções Normativas CGU 1 e 2 de 2018 (dosimetria da multa).

2.2 CADE

Já as principais fontes de normas cogente ou vinculantes na prática são: (i) Lei 12.529/2011, também conhecido como Lei Antitruste ou Lei do CADE (principalmente nos arts. 86 e 87) (BRASIL, 2011)¹⁶; (ii) Regimento Interno do CADE (principalmente na Seção IV – arts. 237 a 251); (iii) Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE.

2.3 Comparação

Quadro 1 - Normas principais relacionadas ao acordo de leniência

CADE	CGU
Lei 12.529/2011 (Lei Antitruste)	Lei 12.846/2013(Lei Anticorrupção)
Regimento Interno do CADE (Seção IV – arts. 237 a 251)	Decreto nº 8.420 de 2015
Guia Programa de Leniência Antitruste do CADE	Portaria CGU nº 909/2015
-	Portaria CGU nº 910/2015
-	Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278/2016
-	Instruções Normativas CGU 1 e 2 de 2018

Já é evidente aqui uma disparidade quantitativa de fontes para um acordo. Seria possível inferir que quanto mais fontes, maior a chance de contradição entre as normas. A contradição

¹³ BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

¹⁴ BRASIL. Controladoria Geral da União. **Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278 de 15 de dezembro de 2016**. Define os procedimentos para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846. Brasília: CGU, 2016.

¹⁵ ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática - CADE, BC CVM, CGU, AGU, TCU, MP**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

entre as normas prejudicaria o fator para um bom acordo de leniência (*a*) *transparência do processo*. Como a CGU tem seis fontes (sendo uma constituída de duas Instruções Normativas) e o CADE três, o último poderia levar vantagem quanto ao fator (*a*). Por outro lado, o número de fontes não revela a amplitude normativa nem alguma atribuição de clareza de cada um dos enunciados utilizados, de forma que o juízo comparativo, segundo esta metodologia, não é conclusivo. Diante dessa insuficiência, cabe a análise do envolvimento de outras instituições da Administração Pública na competência atribuída à CGU pela Lei Anticorrupção¹⁷. Dessa maneira, a disparidade da transparência do processo entre a CGU e o CADE pode ser mais bem comparada.

Um acordo de leniência com a CGU requer negociação conjunta com a AGU, conforme dispõe a Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278/2016 (BRASIL, 2016)¹⁸. Tal norma determina que a AGU terá como competência avaliar a vantajosidade de um eventual acordo de leniência para a Administração Pública. Essa deliberação passa pelo crivo de uma comissão de negociação do acordo (art. 4) composta por membros da CGU e da AGU. Também existe entendimento, ainda que não unanime, de que acordos de leniência produzidos pela CGU dependem de chancela ou homologação por parte do TCU. O Tribunal, inclusive, publicou a Instrução Normativa (IN) 74/2015 que “[d]ispõe sobre a fiscalização do TCU, com base no art. 3 da Lei n 8.443/1992, quanto à organização do processo de celebração de Acordo de Leniência pela administração pública federal, nos termos da Lei n 12.846/2013”. Em 2018, porém, o Tribunal publicou a IN 83/2018¹⁹ que revogou a referida norma administrativa, tendo como grande novidade a retirada da prévia autorização do TCU como condição de eficácia dos acordos de leniência da CGU. Por outro lado, a referida norma prevê severa punição para autoridades que limitem ou dificultem a atuação do TCU (art. 4, caput).

¹⁷ Essa intervenção é destacada pelo atual Superintendente Geral do CADE em MACEDO, Alexandre Cordeiro; SANT’ANA, Raquel Mazzuco. Balcão Único para Negociação de Acordos de Leniência no Brasil (Leniency Agreements in Brazil: The Proposition of ‘One-Stop Shop’). SSRN, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2Uw9XIO>. Acessado em: 1 jun. 2020.

¹⁸ BRASIL. Controladoria Geral da União. **Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278 de 15 de dezembro de 2016**. Define os procedimentos para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846. Brasília: CGU, 2016.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 83, de 12 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União sobre os processos de celebração de acordo de leniência pela Administração Pública federal, nos termos da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Brasília: TCU, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3cKuUpy>. Acesso: 29 maio 2020.

De tal maneira, a regulamentação de três órgãos diferentes da Administração Pública (CGU, AGU e TCU), por vezes conflitantes quanto suas competências, prejudica o fator para um bom acordo de leniência (*a*) *transparência do processo*. Acrescida essa situação ao maior número de normas regulatórias da própria CGU em relação ao CADE, quanto aos acordos de leniência, optamos por apontar o órgão de defesa da concorrência como o detentor do acordo que garante mais transparência no processo.

3. Finalidade das leis

3.1. CGU

A finalidade da Lei Anticorrupção é evidenciada no primeiro artigo da Lei: “Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira” (BRASIL, 2013)²⁰. Trata-se, portanto, de uma finalidade de atribuição de responsabilidade objetiva restrita às pessoas jurídica nos âmbitos civil e administrativo.

3.2. CADE

A finalidade da Lei antitruste também é evidenciada no primeiro artigo da Lei:

Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (BRASIL, 2011)²¹.

Portanto, a finalidade da Lei se divide em duas: (i) criação de um sistema; e (ii) prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica.

3.3. Comparação

Ao contrário da Lei Anticorrupção, a Lei do CADE não menciona, em sua finalidade, os limites de sua aplicação, fora a limitação “infrações contra a ordem econômica”. As demais

²⁰ BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013.

²¹ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

limitações serão evidenciadas ao longo da Lei²². Como as duas Leis apresentam finalidades diferentes, não há como compará-las nesse aspecto.

4. Alcance das leis

4.1. Nas três instâncias

4.1.1. CGU

Ainda de acordo com o art. 1º da Lei 12.846/2013, os efeitos da Lei, logo, os efeitos de seu acordo de leniência, manifestam-se somente nas esferas administrativa e civil. No entanto, essa manifestação não implica isenção de reparação civil. A própria Lei prevê em seu art. 18 que “Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial” (BRASIL, 2013)²³.

4.1.2. CADE

Na pergunta 7 do Guia de Leniência (BRASIL, 2016)²⁴ é informado que a celebração de um acordo de leniência resultará em benefícios na esfera administrativa e penal, especificados no art. 87 da Lei 12.529/2011.

4.1.3. Comparação

Quadro 2 - Alcance das Leis nas esferas civil, penal e administrativa

CADE	CGU
Administrativa	Administrativa
Penal	Civil

Ambas as Leis manifestam efeitos de isenção ou redução de sanções na esfera administrativa. No entanto, diferencia-se a Lei do CADE da Lei Anticorrupção porque aquela

²² *Supra* Item 0 e Item. 0.

²³ BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013.

²⁴ Pergunta 7. Por que fazer um Acordo de Leniência no CADE? - A celebração de um Acordo de Leniência no CADE pode conceder benefícios significativos aos signatários – empresas e/ou pessoas físicas (vide perguntas 14 e 15, infra) – nas esferas administrativas e criminais (vide perguntas 18 e 19, infra). Não tendo sido proposto e firmado Acordo de Leniência, todas as empresas e/ou pessoas físicas que participaram da conduta anticoncorrencial coletiva sob investigação são passíveis de condenação administrativa e criminal. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: CADE, 2016.

estende seus efeitos para a esfera penal e não penetra na esfera civil. Além disso, no acordo de leniência do CADE, depois do cumprimento integral do acordo, as empresas ainda poderão ser acionadas na justiça civil para reparação de danos referentes aos sobrepreços provocados pelo cartel objeto do acordo, mas não na esfera administrativa nem penal. Já pela Lei Anticorrupção a empresa ficará isenta de uma sanção judicial prevista no inciso IV do art. 19 da Lei, que é: “proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos” (BRASIL, 2013)²⁵. Assim, a empresa ainda estará sujeita, mesmo após o acordo, a (i) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; à (ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; e à (iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica.

Existe, portanto, uma proximidade das duas Leis quanto à restrição de seus efeitos em outras instâncias. Essa restrição poderia ser entendida pelos agentes econômicos como pouco atrativa na redução de *(c) sanções*, portanto, não é evidente a vantagem comparativa de nenhum dos órgãos nesse critério de forma a ser mais atrativo para o agente ingressar em algum dos programas de leniência.

4.2. Em outras Leis

4.2.1. CGU

Quanto à pergunta “quais são os crimes e sanções atingidos pelo acordo?” é evidente, conforme *caput* do art. 2 da Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278/2016 (BRASIL, 2016)²⁶, que são circunscritas a (i) Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2015), a (ii) Lei de

²⁵ BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013.

²⁶ Art. 2º O acordo de leniência será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e dos ilícitos administrativos previstos na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, na Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993, e em outras normas de licitações e contratos, com vistas à isenção ou à atenuação das respectivas sanções, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, devendo resultar dessa colaboração [...]. BRASIL. Controladoria Geral da União. **Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278 de 15 de dezembro de 2016**. Define os procedimentos para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846. Brasília: CGU, 2016.

Improbidade (Lei nº 8.429/2012) e as (iii) normas de licitações e contratos, principalmente a Lei nº 8.666/1993 (SIMÃO;VIANNA, 2017)²⁷.

4.2.2. CADE

Na pergunta 4 do Guia de Leniência é informado que os benefícios do acordo são estendidos aos crimes relacionados diretamente com as práticas de cartel. Portanto, são abrangidos os (i) “crimes tipificados na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/1990), e (ii) nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993) e no artigo 288 do Código Penal (associação criminosa), nos termos do artigo 87, caput da Lei nº 12.529/2011” (BRASIL, 2016, p. 11)²⁸.

4.2.3. Comparação

Quadro 3 - Alcance das Lei Antitruste e da Lei Anticorrupção em outras Leis

CADE	CGU
Lei nº 8.666/1993	Lei nº 8.666/1993
Lei nº 8.137/1990	Lei nº 8.429/2012 (Lei de Improbidade)
Art. 288 do Código Penal	-

Ambas as Leis manifestam efeitos em algumas outras Leis, em comum na Lei 8.666/1993. Devido a essa abrangência nos efeitos nas (c) *sanções*, os incentivos são incrementados em ambos os acordos de forma equilibrada, uma vez que as isenções e reduções de sanções não estariam restritas às respectivas Leis.

4.3. Os órgãos competentes para celebrar o acordo

4.3.1. CGU

O art. 16 da LAC diz que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública tem competência para celebrar acordos de leniência referentes a essa Lei. O § 10 do mesmo dispositivo legal deixa claro que, no âmbito federal, tal competência seria exclusiva da CGU

²⁷ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan, 2017.

²⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: CADE, 2016.

(BRASIL, 2018)²⁹. Com a Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278/2016 (BRASIL, 2016)³⁰, as negociações passariam a ser obrigatoriamente conduzidas por uma comissão de servidores públicos estáveis da CGU e da AGU os quais sugeririam a aprovação ou não da proposta. Após a análise e sugestão da comissão, conforme art. 5º, §6º da Portaria Interministerial, a proposta de acordo precisa de manifestação final de (i) Consultoria Jurídica da CGU; (ii) Secretário-Geral de Consultoria (AGU); (iii) Consultor-Geral da União; (iv) Procurador-Geral da União. Depois da manifestação de todos esses órgãos o acordo segue ao mesmo tempo para o (v) Ministro de Estado da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União e para o (vi) Advogado Geral da União, que decidirão sobre a celebração ou não do acordo.

Caso a comissão responsável por essas atribuições encontre ilícitos que devam ser apurados em outra instância, o relatório produzido na CGU deverá ser encaminhado (I) ao MP; (II a) “à Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados, no caso de órgãos da administração pública direta, autarquias e fundações públicas federais” ou (II b) “ao órgão de representação judicial ou equivalente no caso de órgãos ou entidades da administração pública não abrangidos pelo inciso II” (BRASIL, 2015)³¹. Além disso, conforme analisado na comparação feita no Item 1 “Legislação, guias e diretrizes para um acordo de leniência”, o TCU também já previu ser condição de validade de um acordo da CGU a sua prévia homologação daquele órgão. A situação de incerteza chegou a ser considerada por alguns autores como “crise institucional” entre a CGU, o MPF e o TCU (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 12)³².

²⁹ BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013.

³⁰ BRASIL. Controladoria Geral da União. **Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278 de 15 de dezembro de 2016**. Define os procedimentos para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846. Brasília: CGU, 2016.

³¹ BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

³² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Verás de. **Comentários à Lei n 13.655/2018: lei da segurança para inovação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

4.3.2. CADE

Conforme o art. 86 da Lei do CADE (BRASIL, 2011)³³, o acordo de leniência será celebrado unicamente através da Superintendência-Geral, mesmo em caso de cartéis internacionais. No entanto, o CADE usualmente conta com a participação do Ministério Público (estadual ou federal) na assinatura do acordo, tendo em vista as repercussões criminais do acordo e objetivando garantir mais segurança jurídica, conforme Pergunta 17 do Guia de Leniência (BRASIL, 2016)³⁴.

4.3.3. Comparação

Quadro 4 - Órgãos competentes para celebrar o acordo de leniência

CADE	CGU
Superintendência-Geral do CADE	Comissão Mista (CGU, AGU, PGR)
-	TCU (indiretamente)

A diversidade de órgãos e atores que participarão do acordo ou de sua análise posterior é significativamente maior nos acordos firmados pela CGU do que com o CADE. Essa diversidade poderia implicar maiores chances de vazamento do acordo além de dificultar a análise dos processos internos respectivos pela empresa interessada no acordo. Essa dificuldade gera um ônus no critério *(a) transparência do processo* para o acordo com a CGU, sobressaindo-se, portanto, o acordo do CADE.

5. Requisitos para o acordo

5.1. Requisitos subjetivos

5.1.1. CGU

Como disposto no artigo primeiro da Lei, o acordo de leniência só poderá ser firmado com pessoas jurídicas e não com pessoas físicas (art. 16 da Lei 12.846/2013) (BRASIL, 2013)³⁵.

³³ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

³⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: CADE, 2016.

³⁵ BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013.

5.1.2. CADE

Já o CADE poderá fazer acordos tanto com pessoas físicas quanto com pessoas jurídicas envolvidas ou que estiveram envolvidas na infração à ordem econômica, conforme Pergunta 14 do Guia de Leniência e art. 86 da Lei 12.529/2011. Além disso, no CADE a empresa e os funcionários podem negociar juntos o acordo de leniência, conforme Pergunta 15 do Guia de Leniência (BRASIL, 2016)³⁶.

5.1.3. Comparação

Quadro 5 - Possibilidade de acordo com PJs e PFs

CADE	CGU
PJs	PJs
PFs	-

É evidente aqui outra disparidade entre as Leis, agora no critério (d) *enforcement*. A negociação conjunta poderia possibilitar uma maior abrangência de informações dispostas em quantidade e qualidade. Isso porque a concessão de imunidade criminal poderia facilitar a colaboração das pessoas físicas no andamento da investigação³⁷. Tendo ao seu dispor uma quantidade maior de informações e de maior qualidade, o órgão antitruste teria mais capacidade de detectar os infratores e puni-los, portanto, aumentando o (d) *enforcement*. Em virtude da abrangência restrita a pessoas jurídicas, isso não ocorre pela LAC.

³⁶ Pergunta 15. Existe diferença caso a proposta de Acordo de Leniência seja feita por empresas ou por pessoas físicas?...A assinatura das pessoas físicas e de empresas do mesmo grupo econômico pode ser realizada conjuntamente com a empresa proponente ou em adesão posterior formalizada em documento apartado, quando autorizada pelo Cade, segundo critério de conveniência e oportunidade (art. 238, §2o do RICADE). As empresas e seus dirigentes, administradores e empregados podem ter representantes legais iguais ou serem representados por advogados diferentes. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: CADE, 2016.

³⁷ “No Cade, empresa e funcionários podem pesar conjuntamente os benefícios da leniência e apresentar uma versão mais completa dos fatos denunciados, uma vez que a imunidade criminal tende a trazer mais tranquilidade às pessoas naturais envolvidas para colaborar com as investigações. No caso da LAC, o cenário de colaboração das pessoas físicas envolvidas na infração é difícil de ser visualizado. Na realidade, é mais esperado que a empresa se depare com o dilema de preservar ou não seus dirigentes e funcionários envolvidos na infração, diante da possível (ou provável) persecução penal”. SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan, 2017. p. 87.

5.2. Requisitos objetivos

5.2.1. CGU

Os requisitos objetivos do acordo da CGU são dispostos no art. 16 *caput* e § 1º da Lei 12.846/2013. São eles, no *caput*, a necessidade de que da colaboração resulte: (i) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e (ii) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Além desses, o § 1º prevê a obrigação de que: (iii) a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; (iv) a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; (v) a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento (BRASIL, 2013)³⁸.

Também é preciso levar em consideração um requisito que, embora não previsto expressamente pela Lei, é considerado, na prática, como um requisito objetivo para a celebração dos acordos de leniência³⁹. Trata-se da reparação do dano causado. O art. 16, § 3º da Lei Anticorrupção prevê que “O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado” (BRASIL, 2013)⁴⁰. Ou seja, dentro do acordo é

³⁸ BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013.

³⁹ Dos R\$53,1 milhões a serem pagos pela MullenLowe e FCB Brasil pelo acordo firmado em abril de 2018 “R\$ 3,5 milhões são de ressarcimento por danos aos cofres públicos”, conforme BRASIL. Controladoria-Geral da União. **CGU e AGU assinam acordo de leniência com as agências MullenLowe e FCB Brasil**. Brasília: CGU, 2018c. Disponível em: <https://bit.ly/3gPNZdi>. Acesso em: 13 fev. 2019. O acordo com a SBM Offshore em julho de 2018 resultou em cobrança de “R\$ 285 milhões em antecipação de danos”. BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordo de leniência com a SBM Offshore ressarcirá R\$ 1,22 bilhão à Petrobras**. Brasília: CGU, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/30aWmKB>. Acesso em: 13 fev. Dos R\$2,72 bilhões a serem pagos pela Odebrecht em virtude de acordo em julho de 2018, “R\$ 1,3 bilhão corresponde a lucro obtido indevidamente pela empresa” e “R\$ 900 milhões correspondem à restituição a título de propina” BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordo de leniência com a Odebrecht prevê ressarcimento de 2,7 bilhões**. Brasília: CGU, 2018a. Disponível em: <https://bit.ly/2XVD0ou>. Acesso em: 13 fev. 2019. Dos R\$1,49 bilhões a serem pagos pela Andrade Gutierrez, “R\$ 875 milhões correspondentes ao lucro obtido indevidamente pela empresa” e “R\$ 328 milhões referentes à restituição a título de propina”. BRASIL. Controladoria-Geral da União. **CGU e AGU assinam acordo de leniência de R\$ 1,49 bilhão com a Andrade Gutierrez**. Brasília: CGU, 2018b. Disponível em: <https://bit.ly/2Y1ayms>. Acesso em: 13 fev. 2019.

⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013.

calculado o dano causado à sociedade que deve ser arcado integralmente pela empresa. E justamente por conter cálculos e estimativas quanto ao dano causado, outros órgãos da administração pública (MPF, AGU, TCU) que revisarão e assinarão o acordo poderão discordar dos valores auferidos⁴¹. Na experiência prática, a CGU e a AGU vêm exigindo três parcelas a serem pagas pelos signatários do acordo: (i) todos os valores pagos como propina; (ii) lucro dos contratos afetados pela corrupção; (iii) a multa⁴².

5.2.2. CADE

Os requisitos objetivos para celebrar um acordo de leniência no CADE são enumerados nos artigos 86 da Lei nº 12.529/2011 e 238 do RICADE. O Guia de Leniência (Pergunta 12) evidencia esses requisitos, de maneira que é necessário que: (i) a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; (ii) a empresa e/ou pessoa física cesse sua participação na infração noticiada ou sob investigação; (iii) no momento da propositura do acordo, a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa e/ou da pessoa física; (iv) a empresa e/ou pessoa física confesse sua participação no ilícito; (v) a empresa e/ou pessoa física coopere plena e permanentemente com a investigação e o Processo Administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até a decisão final sobre a infração noticiada proferida pelo CADE; e (vi) da cooperação resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação (BRASIL, 2016, p. 15)⁴³.

⁴¹ Sobre a falha do primeiro acordo negociado com a CGU: “O membro do Ministério Público que esteve à frente das negociações do acordo com a SBM Offshore deu indicação de que dificuldades de entendimento entre os órgãos participantes da negociação possam ter ocorrido nesse caso. Em entrevista veiculada na imprensa, o procurador da república afirma que, em determinado momento, já havia um alinhamento entre CGU e MPF sobre o acordo, mas uma divergência de entendimento da AGU, decorrente de uma suposta falta de sua maior participação na negociação frustrou a assinatura do documento” SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017., p. 195.

⁴² ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática - CADE, BC CVM, CGU, AGU, TCU, MP**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁴³ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: CADE, 2016.

5.2.3. Comparação

Quadro 6 - Requisitos objetivos para que o acordo seja válido

CADE	CGU
Primeiro a se qualificar	Primeira a se manifestar
Cessar participação na infração noticiada	Cessar participação na infração noticiada
Administração Pública não possui provas suficientes	Obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração
Confissão do ilícito	Confissão do ilícito
Cooperação até decisão final	Cooperação até o fim do processo
Identificação dos demais envolvidos no ilícito	Identificação dos demais envolvidos no ilícito
-	Reparação do dano causado

Tanto o acordo da Lei 12.846 quanto o da Lei 12.529 têm como requisitos objetivos a necessidade de que: (i) a empresa seja a primeira a entrar no programa; (ii) a empresa cesse sua participação no ilícito noticiado; (iii) a empresa confesse sua participação no ilícito; (iv) a empresa coopere totalmente durante o andamento do processo administrativo; (v) a empresa entregue informações que resultem na identificação de agentes participantes do ilícito.

O que mais chama atenção é que o CADE condiciona o acordo ao fato de “no momento da propositura do acordo, a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa e/ou da pessoa física” (art. 86, III da Lei 12.529) (BRASIL, 2011)⁴⁴. Já a CGU, por meio da Lei Anticorrupção, não requer que o órgão competente pelo acordo não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação. Ou seja, mesmo que a investigação da empresa já esteja em estado avançado e com provas suficientes para eventual condenação a empresa ainda sim estaria legitimada para negociar um acordo de leniência.

O limite para a propositura do acordo com a CGU foi definido no Decreto 8420/2015. Segundo o Decreto, a proposição só pode ocorrer até a conclusão do relatório a ser elaborado no âmbito do processo de responsabilização (art. 30, § 2º da Lei 12.846). Vale à pena ressaltar, porém, que na estrutura de acordos do CADE existem as figuras da Leniência *Plus* (BRASIL,

⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

2016, p. 55)⁴⁵ e dos TCCs (BRASIL, 2016, p. 20)⁴⁶. Através desses acordos, a empresa poderia negociar a isenção e/ou redução de sanções sob outros requisitos e benefícios, no TCC mais restritos, mesmo que a Superintendência-Geral já tenha conhecimento do ilícito que a impediu de fazer o acordo de leniência padrão. Nesse ponto, portanto, a CGU parece ter uma vantagem quanto ao critério (d) *enforcement*, por ser capaz de celebrar um acordo de leniência padrão com uma empresa, mesmo que a administração pública já conheça, investigue e tenha provas do ilícito noticiado. No entanto, se levarmos em conta outros instrumentos jurídicos de caráter negocial (Leniência *Plus* e TCC) do CADE, sua estrutura negocial abriria espaço para mais acordos, aumentando seu (d) *enforcement*.

Já o requisito prático da reparação integral do dano, exigido pela CGU, não é exigido pelo CADE como uma condição *sine qua non* para a formulação de um acordo de leniência, conforme dispõe a primeira pergunta do Guia de Leniência (BRASIL, 2016)⁴⁷. No entanto, a Lei também não impede que a empresa seja responsabilizada no âmbito civil por eventuais demandas de reparação do dano causado pelo ilícito. Isso talvez seja um dos fatores mais relevantes na disparidade dos dois acordos de leniência. Enquanto o CADE não condiciona a assinatura do Acordo de Leniência à compensação civil, a CGU entende⁴⁸ que o beneficiário deverá obrigatoriamente recompor danos em sede do próprio acordo⁴⁹. Como já disposto no item 5.2.1, imprecisões e discussões dentro da administração pública quanto ao cálculo do dano

⁴⁵ Pergunta 86 – “A leniência plus consiste em um benefício de redução em um terço da penalidade aplicável à empresa e/ou à pessoa física que fornecer informações acerca de um novo cartel sobre o qual a Superintendência-Geral do CADE (“SG/CADE”) não tinha conhecimento prévio (Novo Acordo de Leniência) (art. 86, §7º e §8º da Lei nº 12.529/2011 c/c art. 250 do RICADE), quando esta mesma empresa e/ou pessoa física não se qualificar para um Acordo de Leniência com relação a um outro cartel do qual tenha participado (Acordo de Leniência Original)”. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: CADE, 2016.

⁴⁶ Pergunta 24 – “...O TCC, por sua vez, é acessível a todos os demais investigados na conduta anticompetitiva (art. 85 da Lei nº 12.529/2011), gerando benefícios na seara administrativa, mas sem previsão de benefícios automáticos na seara criminal”. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: CADE, 2016.

⁴⁷ Pergunta 1 - Com relação a esfera civil, a Lei nº 12.529/2011 não impõe ao signatário do Acordo de Leniência a obrigação de ressarcir eventuais consumidores lesados como uma condição *sine qua non* para a celebração do Acordo de Leniência. Todavia, a lei também não exige o beneficiário da leniência de responder por danos concorrenciais em eventual ação civil pública e/ou ação privada de ressarcimento de danos movida em face do beneficiário da leniência e demais coautores. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: CADE, 2016.

⁴⁸ *Supra* nota 38.

⁴⁹ Isso evidencia uma ponderação de valores. Ou seja, vale mais conceder um benefício tão amplo para um agente criminoso para desestabilizar sistemas de cooperação ilegais? Ou será que o Estado não poderia abrir mão de punir agentes infratores, mesmo que isso significasse uma maior punição geral e desestabilização de sistemas criminosos?

integral poderão desincentivar as empresas que buscam um acordo devido à falta de precedentes e, conseqüentemente, uma desvantagem do critério (b) *segurança jurídica* para o acordo da CGU.

6. Benefícios dos acordos

6.1. Dentro da instância administrativa

6.1.1. CGU

A CGU, de acordo com o art. 16, § 2º da Lei 12.846, concederá os seguintes benefícios, na esfera administrativa, para as empresas que cumprirem com o acordo de leniência: isenção de (i) “publicação extraordinária da decisão condenatória”; e redução (ii) “em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável”. Além disso, conforme o art. 17 da Lei 12.846/2013, caso a empresa tenha cometido infrações previstas na Lei 8.666/1993, o acordo de leniência também poderá isentar ou atenuar (iii) sanções previstas nos arts. 86 a 88 dessa Lei. Por fim, a Lei Anticorrupção prevê, em seu art. 16, § 5º, que (iv) “Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas” (BRASIL, 2013)⁵⁰.

6.1.2. CADE

Conforme o art. 86, § 4º da Lei do CADE, aqueles que cumprirem o acordo de leniência, após declaração do Tribunal Administrativo, serão beneficiados na esfera administrativa com (ia) extinção da ação punitiva da Administração Pública no que diz respeito à Lei 12.529/2011, caso a proposta de acordo se dê em momento em que a Superintendência-Geral do CADE (SG) não tenha conhecimento prévio do ilícito relatado; ou (ib) redução de 1/3 a 2/3 das penas aplicáveis no âmbito da Lei 12.529/2011, caso a proposta apresentada à Superintendência-Geral se dê em momento em que a autoridade já tenha conhecimento da infração relatada. Além disso, a Lei Antitruste ainda prevê, no art. 86, III, § 6º, que (ii) “Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados

⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013.

envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas” (BRASIL, 2011)⁵¹.

6.1.3. Comparação

CADE	CGU
Redução em até 100% da multa	Redução até 66,6% da multa
Acordo de PJ pode ser estendido aos funcionários e diretores da empresa	Acordo restrito à PJ
Fila para o acordo (Marker)	-

Na esfera administrativa os benefícios do CADE são ainda maiores do que os da Lei 12846. Enquanto a Lei Anticorrupção limita o desconto da multa em 2/3, no CADE a multa será inteiramente extinta (em caso de leniência completa) e até 2/3 (em casos de leniência parcial). Ou seja, o particular terá que quantificar na sua decisão de delatar ou não a multa que irá, certamente, ter de pagar em um acordo com a CGU. Essa característica fragiliza o Acordo da legislação Anticorrupção, especialmente por conta das incertezas quanto à fórmula de cálculo da multa e do dano (ATHAYDE, 2019)⁵². Além disso, o acordo da empresa pode ser estendido aos funcionários e diretores da empresa no CADE, o que não é possível pelo acordo da Lei 12.846/2013, que será feito pela CGU, visto que um de seus requisitos subjetivos é ser o agente da infração pessoa jurídica, conforme já disposto no item 4.1.1.

A impossibilidade legal de uma empresa ser totalmente isenta da multa administrativa na Lei Anticorrupção, diante de tal possibilidade em um acordo de leniência pela Lei Antitruste, demonstra um incentivo a mais que o CADE oferece e a CGU não. Uma Lei com muitos incentivos é fundamental para atrair delatores a aderirem ao programa de leniência. Assim, é evidente uma restrição do acordo da CGU, em comparação ao acordo do CADE, no critério (d) *enforcement*.

Além disso, na LAC não há previsão legal do Marker (BRASIL, 2016)⁵³, ou seja, uma senha que faça a ordenação dos pedidos de Leniência, como ocorre no CADE. Através desse

⁵¹ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

⁵² ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil**: teoria e prática - CADE, BC CVM, CGU, AGU, TCU, MP. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁵³ Pergunta 29 - O que é o pedido de senha (“marker”)? O pedido de senha (“marker”) é o ato em que o proponente do Acordo de Leniência entra em contato com a Superintendência-Geral do Cade a fim de comunicar o interesse

sistema da legislação antitruste, caso um acordo de leniência esteja em andamento e falhe, a empresa que manifestou interesse por um acordo de leniência, logo que não cumpriria o requisito do art. 86, §1º, I da Lei 12.529, seria chamada para negociar um acordo (BRASIL, 2011)⁵⁴. Diante dessa comparação, também podemos concluir outra desvantagem do acordo da CGU em relação ao acordo do CADE quanto ao critério (d) *enforcement*.

6.2. Benefícios em outras instâncias

6.2.1. CGU

A LAC estende seus efeitos para a esfera judicial em um único ponto, conforme art. 16, § 2º da LAC. Nesse ponto, o beneficiário do acordo de leniência é favorecido com a isenção de eventual sanção judicial de “proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos” (BRASIL, 2013)⁵⁵. O signatário também poderá ser beneficiado com a isenção ou atenuação de uma declaração de inidoneidade para com a Administração Pública, nos termos do art. 17 da Lei Anticorrupção. Além desses pontos, não há benefícios criminais ou civis imediatos (ATHAYDE, 2019)⁵⁶.

em propor Acordo de Leniência em relação a uma determinada conduta anticoncorrencial coletiva e, assim, garantir que é o primeiro proponente em relação a essa conduta. Trata-se, portanto, de uma espécie de corrida entre os participantes da conduta anticompetitiva para contatar a autoridade antitruste e reportar a infração e, com isso, se candidatar aos benefícios do Acordo de Leniência – os quais são conferidos apenas ao primeiro proponente a se qualificar junto a SG/Cade. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: CADE, 2016.

⁵⁴ Assim, se um funcionário de uma empresa cometer um ilícito e for tempestivamente identificado e punido pelos controles internos da empresa, mesmo assim a empresa terá que arcar com pelo menos 1/3 da multa (menos atenuante) aplicável se ela realizar um acordo de leniência. Seria isso justo ou eficiente para promover uma cultura empresarial mais íntegra? Realmente, o setor de compliance da empresa funciona a posteriori. No entanto, o propósito da Lei poderia ser estimular um cuidado da empresa ainda anterior ao compliance. A ideia poderia ser estimular uma estrutura empresarial que atuasse preventivamente e, com isso, impedindo a ocorrência de práticas ilícitas. Isso poderia ser feito através de treinamentos para servidores ou através de processos seletivos que deem mais enfoque para as boas práticas dos servidores. BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013.

⁵⁶ ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática** - CADE, BC CVM, CGU, AGU, TCU, MP. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

6.2.2. CADE

Na esfera criminal, conforme art. 87 da Lei Antitruste, a celebração de acordo de leniência do CADE determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao indivíduo beneficiário da leniência no que tange aos crimes tipificados (i) na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/1990), e (ii) nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na (a) Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993) e no (b) artigo 288 do Código Penal (associação criminosa). Cumprido o Acordo de Leniência, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes acima (BRASIL, 2011)⁵⁷.

6.2.3. Comparação

Quadro 7 - Isenções garantidas fora da instância administrativa

CADE	CGU
Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/1990)	“proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.” (art. 19, IV, LAC)
Demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na (a) Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993) e no (b) artigo 288 do Código Penal (associação criminosa)	-

Os benefícios da Lei Anticorrupção somente resultam em efeitos na esfera administrativa e para pessoas jurídicas. Assim, o fato de o Acordo de Leniência do CADE resultar em imunidade criminal às pessoas físicas infratoras demonstra uma evidente diferença com o acordo de leniência da Lei Anticorrupção. Conforme disposto no item 4.1.3, a negociação conjunta de pessoas físicas e jurídicas na área criminal pode resultar em maior incentivo na

⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

entrega de informações sobre o ilícito⁵⁸. Com a maior oferta de informações sobre ilícitos, maior é o critério *(d) enforcement* do CADE.

7. Publicização

7.1. CGU

De acordo com o art. 16, § 6º da Lei 12.846, “A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo” (BRASIL, 2013)⁵⁹. O termo “efetivação” poderia gerar dúvidas quanto ao momento exato ao qual o artigo faz referência. Ou seja, a “efetivação” poderia significar a celebração do acordo ou o momento em que seu efeito pretendido é manifesto no mundo, logo, quando suas cláusulas são cumpridas. Dipp e Castilho tentam sanar tal dúvida. Segundo os autores:

A melhor compreensão, porém, é a que sugere a publicidade a partir da celebração do acordo, restringindo-se daí por diante se interessar à investigação ou ao processo, em deliberação que no silêncio da lei será logicamente privativa da autoridade instaurada com ou sem o consentimento da pessoa jurídica envolvida (DIPP; CASTILHO, 2016, p. 86)⁶⁰.

7.2. CADE

No CADE a identidade do beneficiário do acordo somente será revelada após o julgamento do processo administrativo, conforme dispõe a Pergunta 84 do Guia de Leniência (BRASIL, 2016, p. 53)⁶¹.

7.3. Comparação

Quadro 8 - Tempo necessário para a publicização do acordo

CADE	CGU
Em média 7,4 anos	180 dias após a proposta de acordo

⁵⁸ SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan, 2017.

⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013.

⁶⁰ DIPP, Gilson; CASTILHO, Manuel. **Comentários à Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶¹ Julgamento do processo administrativo torna pública a identidade da empresa e/ou das pessoas físicas beneficiárias do Acordo de Leniência, oportunidade em que também poderão ser divulgadas informações essenciais para a compreensão e deslinde do caso, por meio da divulgação do voto público do Conselheiro Relator. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: CADE, 2016.

É evidente a disparidade quanto ao momento da publicização do acordo de leniência nas duas Leis. Enquanto a CGU divulgará a identidade dos beneficiários após a celebração do acordo, conforme art. 39 do Decreto 8.420 (BRASIL, 2015)⁶², o CADE a divulgará somente após o fim do processo administrativo, conforme Pergunta 84 do Guia de Leniência. A diferença é considerável, pois um acordo de leniência deve ser celebrado na CGU em até 180 dias após a apresentação da proposta⁶³, enquanto a duração de um processo administrativo no CADE tem, em 01/06/2020, uma média de 7,4 anos (conforme quadro abaixo), sendo que o tempo máximo já alcançado foi de 16 anos.

⁶² Art. 39. Até a celebração do acordo de leniência pelo Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União, a identidade da pessoa jurídica signatária do acordo não será divulgada ao público, ressalvado o disposto no § 12 do art. 31. BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

⁶³ Art. 32. A negociação a respeito da proposta do acordo de leniência deverá ser concluída no prazo de cento e oitenta dias, contado da data de apresentação da proposta. BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

Quadro 9 - Evolução do tempo médio para julgamento de Processo Administrativo pelo CADE (anos) ⁶⁴

Ano	Tempo médio (anos)
2015	7,9
2016	7,7
2017	7,8
2018	7,8
2019	7,4
2020	7,4

Tamanha diferença de tempo entre as datas de publicização de informações do acordo, embora sejam poucas informações devido a confidencialidade, é, certamente, um benefício concedido pelo CADE e não pela CGU. Trata-se, portanto, de um fortalecimento do CADE no critério *(d) enforcement*⁶⁵.

8. Descumprimento

8.1. CGU

Conforme o art. 16, § 8º da Lei Anticorrupção: “Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento” (BRASIL, 2013)⁶⁶.

⁶⁴ O Quadro foi elaborado pelo próprio autor. Tomamos como base os 155 processos administrativos julgados pela CADE entre 2015 e 2020. Para calcular o tempo de duração dos processos, subtraímos o ano de julgamento do processo administrativo pelo ano de sua instauração. Para saber o tempo médio de duração de um processo administrativo no CADE, somamos o tempo de duração de todos os processos até o ano analisado e dividimos pelo número total de processos julgados até então. Todos os dados dos processos foram disponibilizados pelo CADE e estão disponíveis na plataforma Cade em Números: <https://bit.ly/2Uw6auS>. Acesso em: 31 maio 2020.

⁶⁵ “(A) simples antecipação da existência de tratativas com o governo com vistas a um possível acordo pode provocar oscilações no seu valor de mercado com repercussão sobre todos os acionistas” SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p.122.

⁶⁶ BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013

8.2. CADE

Em caso de descumprimento o CADE prevê, em seu art. 86 III, § 12, que “Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento” (BRASIL, 2011)⁶⁷.

8.3. Comparação

Quadro 10 - Consequência do descumprimento do acordo

CADE	CGU
Impedimento de celebrar novo acordo por 3 anos	Impedimento de celebrar novo acordo por 3 anos

O dispositivo legal do descumprimento do acordo é praticamente idêntico em ambas as Leis. Portanto, não há qualquer critério que se sobrepõe na comparação.

Conclusão

Antes de concluir, é importante retomar os dois pontos elencados na Introdução do artigo. Primeiro, os acordos de leniência do CADE e da CGU não competem entre si. Como se trata de duas Leis diferentes com competências e objetos diferentes, os acordos não são excludentes, mas sim, complementares. No entanto, a relevância da comparação feita ao longo do texto existe porque os programas podem se beneficiar mutuamente de aspectos mais exitosos. Segundo, o artigo não aponta qual seria o acordo que promove o maior efeito dissuasório, mas se restringe a um ponto anterior: evidenciar qual seria o acordo mais atraente para que o agente do ilícito busque aderir ao programa de leniência.

Posto isso, retornamos à pergunta a ser respondida sobre os acordos de leniência aplicados pelo CADE e pela CGU: Qual seria o mais atrativo para os agentes que incorrem em ilícito conforme os critérios (a) transparência do processo, (b) segurança jurídica; (c) sanções; e (d) *enforcement*?

⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

Quadro 11 - Comparação entre os principais aspectos da Lei Anticorrupção e da Lei Antitruste com base nos critérios definidos.

Aspectos Comparados	CADE	CGU	Critério de vantagem
Legislação, guias e diretrizes para um acordo de leniência	X		transparência do processo
Finalidade das Leis	-	-	-
Alcance das Leis nas três instâncias	-	-	-
Alcance das Leis em outras Leis	-	-	-
Os órgãos competentes para celebrar o acordo	X		transparência do processo
Requisitos subjetivos	X		<i>enforcement</i>
Requisitos objetivos	X		<i>enforcement</i> e segurança jurídica
Benefícios dos acordos dentro da instância administrativa	X		<i>enforcement</i>
Benefícios dos acordos em outras instâncias	X		<i>enforcement</i>
Publicização	X		<i>enforcement</i>
Descumprimento	-	-	-

O resultado das comparações deixa claro que o acordo do CADE, dentro do recorte e da metodologia utilizada neste artigo, é o mais atrativo dentre os dois analisados. Dos aspectos e sub aspectos comparados⁶⁸, o CADE foi mais atrativo em nove entre onze, sendo eles: “(1) Legislação, guias e diretrizes para um acordo de leniência – pelo critério (a) transparência do processo; (3.1) Alcance das Leis nas três instâncias” - pelo critério (c) sanções; “(3.2) Alcance das Leis em outras Leis” – pelo critério (c) sanções; “(3.3) Os órgãos competentes para celebrar o acordo” – pelo critério (a) transparência do processo; “(4.1) Requisitos subjetivos para o

⁶⁸ (1) legislação, guias e diretrizes para um acordo de leniência; (2) finalidade das Leis; (3) alcance das Leis; (4) requisitos para o acordo; (5) benefícios dos acordos; (6) publicização; (7) descumprimento.

acordo” – pelo critério (d) *enforcement*; “(4.2) Requisitos objetivos para celebrar o acordo” – pelo critério (d) *enforcement*; “(5.1) Benefícios dos acordos dentro da instância administrativa” – pelo critério (d) *enforcement* ; “(5.2) Benefícios dos acordos em outras instâncias” – (d) *enforcement*; e “(6) Publicização” – pelo critério (d) *enforcement*.

Os três aspectos em que o CADE não levou vantagem, (1) Legislação, guias e diretrizes para um acordo de leniência; (2) Finalidade das Leis e (7) Descumprimento, também não foram considerados mais vantajosos no acordo da CGU, seja porque não era possível compará-los de acordo com a metodologia utilizada, no caso de (1) e (2), ou porque não havia diferença entre os dispositivos, no caso de (7).

Diante dos resultados da pesquisa, é evidente que o critério destaque na relação entre os dois acordos foi o (d) *enforcement*, sendo o critério de vantagem em 5 dos 11 critérios analisados. Disso é possível concluir que a capacidade do CADE de aplicar efetivamente a sua Lei é fundamental para que mais agentes procurem esse órgão. O acordo de leniência da Lei Anticorrupção não aproveita, devidamente, o papel relevante que pessoas físicas poderiam exercer ao delatar, não garante uma imunização ampla e não garante um tempo razoável para divulgar detalhes dos acordos feitos e de seus participantes. Diante desses gargalos, o desenvolvimento das estruturas do acordo relacionadas ao *enforcement*, como publicização, benefícios fora da instância administrativa e requisitos subjetivos do acordo, podem ser elencadas como prioridade para que o a CGU e, quiçá, um futuro balcão único de acordos de leniência, torne seu programa de leniência mais atrativo para os agentes alvos da política pública.

Referências

ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática** - CADE, BC CVM, CGU, AGU, TCU, MP. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública,

Dos Acordos de Leniência do CADE e da CGU: [...], Gabriel Caser, p.207-236
RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253

nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Estatísticas do Programa de Leniência do Cade**. Brasília: CADE, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3cPKqR8>. Acessado em: 25 maio 2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordo de Leniência**. Brasília: CGU, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2zOBEFC>. Acesso em: 13 fev. 2019.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordo de leniência com a Odebrecht prevê ressarcimento de 2,7 bilhões**. Brasília: CGU, 2018a. Disponível em: <https://bit.ly/2XVD0ou>. Acesso em: 13 fev. 2019.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Acordo de leniência com a SBM Offshore ressarcirá R\$ 1,22 bilhão à Petrobras**. Brasília: CGU, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/30aWmKB>. Acesso em: 13 fev. 2019.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **CGU e AGU assinam acordo de leniência de R\$ 1,49 bilhão com a Andrade Gutierrez**. Brasília: CGU, 2018b. Disponível em: <https://bit.ly/2Y1ayms>. Acesso em: 13 fev. 2019.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **CGU e AGU assinam acordo de leniência com as agências MullenLowe e FCB Brasil**. Brasília: CGU, 2018c. Disponível em: <https://bit.ly/3gPNZdi>. Acesso em: 13 fev. 2019.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278 de 15 de dezembro de 2016**. Define os procedimentos para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846. Brasília: CGU, 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: CADE, 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 83, de 12 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União sobre os processos de celebração de acordo de leniência pela Administração Pública federal, nos termos da Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Brasília: TCU, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3cKuUpy>. Acessado em 29 maio 2020

CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de Leniência: fundamentos do instituto e os problemas do seu transplante no ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DIPP, Gilson; CASTILHO, Manuel. **Comentários à Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACEDO, Alexandre Cordeiro; SANT'ANA, Raquel Mazzuco. Balcão Único para Negociação de Acordos de Leniência no Brasil (Leniency Agreements in Brazil: The Proposition of 'One-Stop Shop'). **SSRN**, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2Uw9XIO>. Acessado em: 1 jun. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veiras. **Comentários à Lei n 13.655/2018**: lei da segurança para inovação pública. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARRARA, Thiago. Acordos de Leniência na Lei Anticorrupção: pontos de estrangulamento da segurança jurídica. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 95-113, 2019.

MARRARA, Thiago. Acordos de Leniência no Processo Administrativo Brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 509-527, jul. 2015.

SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. **O Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção**: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan, 2017.

A experiência histórica dos Princípios Sullivan e a sua importância para o desenvolvimento da autorregulação da conduta empresarial conforme os Direitos Humanos

The Historical Experience of Sullivan Principles and their Importance for Developing Self-Regulation of the Conduct of Corporations According to the Human Rights

Mateus de Oliveira Fornasier¹
Luciano Vaz Ferreira²
Ana Lara Tondo³

RESUMO

Este artigo objetiva, em linhas gerais, estudar os Princípios Sullivan e sua importância para o desenvolvimento de uma autorregulação da conduta empresarial em conformidade com Direitos Humanos e fundamentais. O problema que moveu essa pesquisa foi: como ocorreu o desenvolvimento dos Princípios Sullivan e de que maneira tal projeto influenciou as experiências posteriores? Como hipótese, aponta-se que a experiência dos Princípios Sullivan desencadeou uma série de processos normativos e reflexivos, inserindo a autorregulação da responsabilidade social empresarial como fator integrante do Direito contemporâneo. Seus objetivos específicos são: i) realizar uma reconstrução histórica da criação e do desenvolvimento dos Princípios Sullivan, enquanto experiência normativa autorregulatória e reflexiva; ii) analisar importantes iniciativas posteriores (como os Princípios MacBride e o Caso Shell), de modo a identificar a influência e importância dos Princípios Sullivan. Resultados: os Princípios Sullivan foram pioneiros como princípios guias de autorregulação, capaz de causar irritação em outras ordens, motivando novas formas jurídicas. Os inúmeros códigos de ética empresarial, forma normativa recorrente na atualidade e representantes da reflexividade do direito contemporâneo, são consequências dos processos políticos, econômicos e normativos originados a partir da iniciativa Sullivan. Metodologia: métodos de procedimento histórico-evolutivo e hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfico-documental.

Palavras-chave: Princípios Sullivan; autorregulação; responsabilidade social empresarial; Direitos Humanos.

ABSTRACT

1 Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com Pós-Doutorado em Direito e Teoria pela University of Westminster (Reino Unido). E-mail: mateus.fornasier@unijui.edu.br.

2 Professor do Mestrado em Direito e Justiça Social (FURG). Doutor em Estudos Estratégicos Internacionais (UFRGS), com período de pesquisa na American University (Washington, D.C., EUA). E-mail: lvazferreira@gmail.com

3 Mestra em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Advogada.). E-mail: ana.tondo@gmail.com.

*A experiência histórica [...], Mateus Fornasier, Luciano Ferreira e Ana Tondo, p.237-258
RDC, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253*

This article aims, in general, to study the Sullivan Principles and their importance for the development of self-regulation of business conduct in accordance with Human and fundamental rights. The problem that drove this research was: how has the development of the Sullivan Principles occurred, and how has such a project influenced later experiences? As a hypothesis, it is pointed out that the experience of the Sullivan Principles triggered a series of normative and reflexive processes, inserting the self-regulation of corporative social responsibility as a component factor of contemporary Law. Its specific objectives are: i) to undertake a historical reconstruction of the creation and development of the Sullivan Principles as a self-regulatory and reflexive normative experience; ii) to analyze important subsequent initiatives (such as the MacBride Principles and the Shell Case) aiming to identify the influence and importance of the Sullivan Principles. Results: the Sullivan Principles pioneered as guiding principles of self-regulation, capable of causing irritation in other orders, motivating new legal forms. The numerous codes of business ethics, the current recurring normative form and representatives of the reflexivity of contemporary law, are consequences of the political, economic and normative processes originated from the Sullivan initiative. Methodology: historical-evolutionary and hypothetical-deductive methods of procedure, with a qualitative approach and bibliographic-documentary research technique.

Keywords: Sullivan Principles; self-regulation; corporative social responsibility; human rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da importância dos Princípios Sullivan para a constituição de códigos de conduta empresarial. 3 A influência dos Princípios Sullivan em outras iniciativas: Princípios MacBride e Caso Royal Dutch/Shell Group. 4. Conclusão. Referências

1. Introdução

O processo de globalização intensificado na segunda metade do Séc. XX permitiu o florescimento de um comércio de natureza global, baseado na livre circulação de bens, serviços e capital. Nessa nova fase do capitalismo, as sociedades empresárias, construções sociais e jurídicas criadas para mitigar os riscos dos negócios, passam a ser inseridas em uma dinâmica de internacionalização de suas operações. Trata-se do surgimento das “empresas transnacionais” (ETNs), organizações empresárias que desenvolvem suas atividades em vários países, e cujo poder econômico supera o produto interno bruto (PIB) de algumas nações.

O enquadramento jurídico das sociedades empresárias foi pensado em um mundo em que os empreendimentos limitavam-se às fronteiras da economia doméstica, o que justificaria a aplicação exclusiva do Direito nacional. Devido às limitações da jurisdição nacional, a discussão evoluiu para a possibilidade de aplicação de um Direito internacional sobre o tema, capaz de regular a responsabilidade das ETNs na questão social e do meio ambiente. Atualmente, já se fala da possibilidade de aplicação de um “Direito Global”, que incluiria não somente as normas nacionais e internacionais, mas aquelas de caráter privado, criadas pelas próprias empresas e segmentos empresários.

Os códigos de conduta empresariais, cuja possível origem pode ser apontada nos processos políticos e sociais relacionados ao contexto do *apartheid* sul-africano e desenvolvimento dos *Sullivan Principles* (Princípios Sullivan), têm cumprido um papel importante nos últimos anos, introduzindo novas formas de pensar o direito e a regulação empresarial. Nesse contexto, entende-se necessário reconstruir as dinâmicas que deram origem a esse processo, investigando o contexto de criação dos Princípios Sullivan e sua influência nas experiências posteriores. Nesse passo, apresenta-se o seguinte problema de pesquisa: como ocorreu o desenvolvimento dos Princípios Sullivan e de que maneira tal projeto influenciou as experiências posteriores? Como hipótese, aponta-se que a experiência dos Princípios Sullivan

desencadeou uma série de processos normativos e reflexivos, inserindo a autorregulação da responsabilidade social empresarial como fator integrante do Direito contemporâneo.

O objetivo geral deste trabalho é estudar os Princípios Sullivan e sua importância para o desenvolvimento de uma autorregulação da conduta empresarial em conformidade a Direitos Humanos e fundamentais. O trabalho divide-se em duas partes. A primeira delas inicia com a constituição de uma lógica sociojurídica policontextual e reflexiva, a partir da qual se passa a poder entender as ordens internas de autorregulação como integrantes do Direito global (para além das ordens estatais e internacionais). Após esse estabelecimento teórico, busca-se realizar, ainda na primeira parte, uma reconstrução histórica da criação e do desenvolvimento dos Princípios Sullivan, enquanto experiência normativa autorregulatória e reflexiva. A segunda parte, por sua vez, busca analisar as iniciativas posteriores (como os Princípios MacBride e o Caso Shell), de modo a identificar a influência e importância dos Princípios Sullivan.

Quanto à metodologia, este trabalho se valeu de uma combinação de dois métodos de procedimento: o histórico-evolutivo para se traçar as origens e a evolução dos princípios basilares da conduta empresarial socialmente responsável, e o hipotético-dedutivo na análise mais ampla de sua aplicabilidade social. Já a sua abordagem foi qualitativa, já que não se ateu a questões e dados numericamente consideráveis. Por fim, sua técnica de pesquisa foi bibliográfico-documental.

2. Da importância dos Princípios Sullivan para a constituição de códigos de conduta empresarial

A noção de que as empresas podem vir a serem responsabilizadas pelos efeitos causados ao contexto social no qual estão inseridas é relativamente recente. O posicionamento conservador, defendido por Friedman (1970)⁴ na década de 1970 – segundo o qual as empresas seriam socialmente responsáveis apenas no tocante à lucratividade perante seus acionistas – sofreu severas críticas, principalmente após crises econômicas que suscitaram debates em torno da conduta das empresas e de seus gestores. Assim, a partir do fortalecimento da governança corporativa, a noção de responsabilidade empresarial diante impactos sociais e ambientais criou

⁴ FRIEDMAN, Milton. The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits. **The New York Times**. Nova Iorque, 13 de setembro de 1970. Disponível em: <https://nyti.ms/2ZHCChh>. Acesso em: 5 out. 2019.

obrigações atinentes à observância, pelas empresas, não apenas dos interesses econômicos dos *stakeholders*, mas também, de toda a sociedade diretamente afetada pelos atos empresariais.

Nem sempre todas as empresas se adequam voluntariamente a preceitos de RSE, de forma que a intervenção estatal muitas vezes se faz necessária, sendo que tal intervenção tem escólio nos princípios da territorialidade e da soberania, pelos quais o país-sede onde se instala uma empresa pode controlar os atos empresariais que ocorrem no seu território, sendo assim criadas normas que regulam condutas de empresas transnacionais.

Todavia, o controle estatal sobre as empresas transnacionais não deve ser visto como a única forma de regulação da atuação dessas empresas, destacando-se o desenvolvimento de normas internacionais relacionadas a empresas transnacionais, tais como recomendações, convenções e declarações, normas de *soft law* e Diretrizes criadas pela OCDE, os Princípios da ONU e a Declaração Tripartite da OIT. Não obstante, a nova formatação do cenário mundial, movida pela globalização e pelo crescente aumento da complexidade social, também influenciou e enfraqueceu o monopólio da criação de Direito pelos Estados-soberanos. Esses processos contemporâneos se embasam na noção de policontexturalidade a qual, por sua vez, fortalece a noção de “Direito não estatal”, administrado pelos atores privados, que se responsabilizam pela aplicação das próprias normas, criando uma autorregulação de suas condutas (FERREIRA, p. 72)⁵.

Acerca do que se pretende definir como policontexturalidade, tem-se que seria uma atualização da lógica, para um momento contemporâneo, superando-se a lógica aristotélica. Conforme Günther (2004)⁶, a lógica aristotélica seria monocontextual, eis que apenas o “ser” e o “não ser” seriam possíveis: ou algo é conforme determinada lógica, ou não o é, de forma que uma terceira opção não seria possível. Essa racionalidade – em que pese ser “confinada” a apenas uma contextualidade – foi deveras importante para a história do pensamento humano, mas se torna insuficiente quando se está diante de um cenário hipercomplexo. Várias lógicas, de vários códigos diferenciados, seriam possíveis em tal ordem de coisas, formando-se, dessa forma, várias contextualidades, cada uma com seu respectivo par ordenado “conforme/em desconformidade” – mas que observam uns aos outros, fazendo-se, assim, ligados de certa

⁵ FERREIRA, Luciano Vaz. **Corrupção e Negócios Internacionais: Como o Brasil Pode Controlar o Suborno Praticado por Empresas Transnacionais**. Jundiá: Paco, 2016.

⁶ GÜNTHER, Gotthard. Life as Poly-Contextuality. **Vorkender**, [S. l.], p. 3-4, fev. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3gsvRpn>. Acesso em: 5 out. 2019.

forma. Obtém-se, assim, uma estrutura multinivelada de lógicas de extrema complexidade. “Uma contextualidade é um domínio lógico de uma estrutura estritamente valorada em dois valores, e sua abrangência é determinada pelo uso do TND [Lógica *Tertium Non Datur*, sem terceiro elemento possível]”. Quando se considera, todavia, que o Universo deve ser considerado como uma “intersecção de um número ilimitado de contextualidades duplamente valoradas” (GÜNTHER, 2004, p. 6)⁷, está-se diante de uma pluralidade de contextualidades – ou seja, uma situação de *policontextualidade*.

Essa lógica é adotada por Luhmann (2007, p. 21-22, tradução nossa) quando da sua definição de sociedade moderna: “A sociedade moderna [...] é um sistema policontextual que permite um número infundável de descrições sobre sua complexidade”⁸, não se podendo esperar, da teoria da sociedade, uma descrição monocontextual. Diante deste cenário teórico, tem-se que haverá várias possibilidades de auto-observações: um sistema apenas observa a si próprio, sendo que, quando o faz em relação a outro sistema, na verdade, observará aquilo que, em *si próprio*, há de observado acerca do outro. Um sistema, assim, observa a si mesmo e ao outro, simultaneamente (LUHMANN, 2007)⁹.

Nicolescu vale-se da lógica de Lupasco (1987)¹⁰, que subverte a lógica tradicional (segundo a qual não haveria uma possibilidade de um terceiro termo entre dois polos contraditórios) – de modo bastante análogo àquele de que se vale Luhmann para explanar a inclusão do terceiro excluído.

A compreensão do axioma do terceiro incluído – *existe um terceiro termo T que é concomitantemente A e não-A* – fica totalmente clara quando é introduzida a noção de ‘níveis de Realidade’, [segundo a qual] os três termos da nova lógica – A, não-A e T – e seus dinamismos associados, [são representados] por um triângulo no qual um dos ângulos situa-se em um nível de Realidade e os outros dois em outro nível de Realidade. Se permanecermos em um único nível de Realidade, toda manifestação aparece como uma luta entre dois elementos contraditórios [...]. O terceiro dinamismo, o do estado T, exerce-se em outro nível de Realidade, onde aquilo que aparece como

⁷ GÜNTHER, Gotthard. Life as Poly-Contextuality. **Vorkender**, [S. l.], p. 6, fev. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3gsvRpn>. Acesso em: 5 out. 2019.

⁸ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução: Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2007. Texto original: “[...] la sociedad moderna [...] es un sistema policontextual que permite un sin numero de descripciones acerca de su complejidad”.

⁹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução: Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2007.

¹⁰ LUPASCO, Stéphane. **Le principe d'antagonisme et la logique de l'énergie: Prolégomènes à une science de la contradiction**. Paris: Rocher, 1987.

desunido [...] está de fato unido, e aquilo que parece contraditório é percebido como não-contraditório (NICOLESCU, 1999, p. 38-39)¹¹.

É possível descrever, ainda, coerências de observação entre dois níveis de Realidade a partir de um processo de interação procedimentalizado da seguinte forma (mas que pode ser conduzido até o infinito):

1. um par de contraditórios (A, não-A) situados num certo nível de realidade é unificado por um estado T situado num nível de Realidade imediatamente vizinho; 2. por sua vez, este estado T está ligado a um par de contraditórios (A', não-A'), situado em seu próprio nível; 3. o par de contraditórios (A', não-A') está, por sua vez, unido por um estado T' situado num nível diferente de Realidade, imediatamente vizinho daquele onde se encontra o ternário (A', não-A', T) (NICOLESCU, 1999, p. 58-59).¹²

Uma nova teoria do conhecimento poderia ser desenvolvida a partir desse novo tipo de compreensão, sendo eliminadas contradições em outros níveis de Realidade; mas tal teoria seria temporária, eis que uma pressão conjunta da teoria e da experiência levaria à descoberta de novos pares contraditórios (que estariam localizados em um novo nível de Realidade), ocasionando a substituição teórica – substituição esta que ocasionaria uma *evolução do conhecimento*, justamente pelo fato de que a impossibilidade de encontrar uma não-contradição absoluta (NICOLESCU, 1999)¹³.

Tem-se, nesse sentido, vários sistemas sociais (Direito, Ciência, Economia, Política, etc.) e, no que tange ao sistema do Direito, várias ordens segmentárias jurídicas (NEVES, 2009)¹⁴ - algumas estatais (i.e. o ordenamento válido em cada Estado-nação); algumas internacionais (que são também dependentes da lógica estatal, tais como a ordem proveniente da Organização do Estados Americanos, da Organização das Nações Unidas, etc.); supranacionais (ainda dependentes da lógica estatal, como aquela relacionada à União Europeia); mas também lógicas não-estatais (provenientes, por exemplo, da nova *lex*

¹¹ NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. Tradução de Lucia Pereira de Souza. São Paulo: TIROM, 1999.

¹² NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. Tradução de Lucia Pereira de Souza. São Paulo: TIROM, 1999.

¹³ NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. Tradução de Lucia Pereira de Souza. São Paulo: TIROM, 1999.

¹⁴ Acerca da noção de “ordem jurídica” ora adotado, ver NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

mercatoria, ou de povos tradicionais que vivem em ambientes delimitados pelas soberanias territoriais de Estados, etc.).

Esse Direito não estatal não está isolado de outros sistemas jurídicos, como o nacional e o internacional, e sociais, como a economia e a política, como mostram os programas de *compliance*, cuja premissa se suporta na criação de mecanismos internos às empresas com a finalidade de cumprir previamente as normas jurídicas estatais, a fim de evitar futuras punições (GRIFFITH, 2016)¹⁵.

Esse formato de autorregulação começou a estimular cada vez mais o voluntarismo no campo da responsabilidade social empresarial (RSE), principalmente a partir da década de 1990, a partir da qual as empresas passaram a adotar princípios empresariais ou códigos de conduta, com a promessa de exercerem práticas responsáveis, na esperança de renovar a confiança entre empresas e sociedade, levando até mesmo os governos a apoiarem esse tipo de iniciativa voluntária ao invés de criar cada vez mais regulações compulsórias em áreas como empresas e Direitos Humanos (RUGGIE, 2014)¹⁶.

Com o fortalecimento de medidas de RSE, as empresas ultrapassaram a simples filantropia corporativa, ampliando-se até abranger os riscos que podem ser provocados pelas suas atuações, e sua contribuição para impactos sociais negativos. Esse crescimento nesse tipo de normatização levou a um dramático aumento na quantidade e na variedade de padrões internacionais de responsabilidade, projetados para orientar a atividade de empresas multi e transnacionais, que denotam a ideia de orientar acerca do local e do papel das empresas na sociedade (BEHNAM; MACLEAN, 2011)¹⁷.

Uma das primeiras experiências concretas envolvendo RSE e códigos de ética corporativa aconteceu na África do Sul na década de 70, durante o regime de segregação racial (*apartheid*). À época, desenvolveu-se um forte ativismo internacional contra as práticas odiosas

¹⁵ GRIFFITH, Sean J. Corporate Governance in an Era of Compliance. **William and Mary Law Review**, Williamsburg, Estados Unidos, v. 57, n. 6, p. 2075-2140, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2TJHGOp>. Acesso em: 6 out. 2019.

¹⁶ RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Tradução de Isabel Murray. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014.

¹⁷ BEHNAM, Michael; MACLEAN, Tammy L. Where is the Accountability in International Accountability Standards?: a Decoupling Perspective. **Business Ethics Quartely**. Nova Iorque, v. 21, n. 1, p. 45-72, jan. 2011.

do governo, que culminou em uma campanha pelo desinvestimento econômico no país sul-africano (GOODMAN, 2007)¹⁸.

Nesse contexto, foram elaborados os Princípios Sullivan (*Sullivan Principles*), em 1977. Seu nome advém de Leon Sullivan, pastor batista afro-americano. Na década de 1950, Sullivan coordenou um boicote entre a população negra contra empresas que possuíam políticas discriminatórias nas ofertas de trabalho. Como resposta ao boicote, a população negra da região obteve bons resultados no acesso ao emprego (ROTH, [202-])¹⁹. Essa campanha garantiu a Sullivan reconhecimento nacional, sendo indicado para participar do Conselho de Gestão da General Motors (GM), a maior empregadora de negros na África do Sul na época (RUGGIE, 2014)²⁰.

A empresa, com sede nos EUA, tornou-se alvo de uma campanha a favor do desinvestimento no país africano, inclusive com participação do movimento estudantil. A GM foi duramente criticada pelo Comitê Americano na África, que apontou acordos de cooperação entre a empresa e o governo do apartheid (CORPORATE, [202-])²¹. Durante a Insurreição de Soweto, em 1976, o governo sul-africano identificou as instalações da GM como pontos essenciais para segurança nacional, fornecendo proteção militar para manter a continuidade da produção em caso de novos protestos. Os gerentes da empresa, por sua vez, desenvolveram planos de contingência, com métodos idênticos aos utilizados pelas autoridades do *apartheid*, que foram denunciados como planos para manter o sistema de supremacia branca no país (CORPORATE, [202-])²².

Utilizando sua nova posição no Conselho da GM, Leon Sullivan intensificou sua oposição ao *apartheid*, sugerindo a criação de um código de conduta interno para empresa prevendo uma política antidiscriminação (os chamados “Princípios Sullivan”). Passou a ser adotado por mais de 100 empresas norte-americanas que atuavam no território sul-africano.

¹⁸ GOODMAN, David. The 1980s: The Anti-Apartheid Convergence, Massachusetts and beyond. In: MINTER, William; HOVER, Gail; COBB JR, Charles (eds.). **No Easy Victories: African Liberation and American Activists over a Half Century 1950-2000**. Trenton: Africa World Press, 2007. p. 154-166.

¹⁹ ROTH, Molly. Sullivan Principles. **Global Philadelphia**. Filadélfia, Estados Unidos, [202-]. Disponível em: <https://bit.ly/2M201Sn>. Acesso em: 5 out. 2019.

²⁰ RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os Direitos Humanos**. Tradução de Isabel Murray. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014.

²¹ CORPORATE RESPONSE: The Sullivan Principles. **Michigan in the World**. [s.l.], [202-]. Disponível em: <https://bit.ly/3gsJHrP>. Acesso em: 5 out. 2019.

²² CORPORATE RESPONSE: The Sullivan Principles. **Michigan in the World**. [s.l.], [202-]. Disponível em: <https://bit.ly/3gsJHrP>. Acesso em: 5 out. 2019.

O código consistia em sete requisitos que as empresas deveriam exigir de seus funcionários como condição para fazer negócios. Em geral, esses princípios exigiam políticas de não segregação das etnias e igualdade de tratamento e pagamento para todos os empregados dentro e fora da empresa, exigências essas que confrontavam as políticas segregacionistas sul-africanas da época. São os Princípios de Sullivan:

1. Não segregação das raças em todas as instalações de alimentação, conforto e trabalho;
2. Práticas de emprego iguais e justas para todos os empregados;
3. Pagamento igual para todos os empregados que realizam trabalho igual ou comparável pelo mesmo período de tempo;
4. Iniciação e desenvolvimento de programas de treinamento para que preparem, em números substanciais, negros e não-brancos para cargos de gerência e supervisão;
5. Aumento do número de negros e não-brancos em cargos de gerência e supervisão;
6. Melhora da qualidade de vida de negros e não-brancos fora do ambiente de trabalho, em áreas como habitação, transporte, escola, recreação e saúde;
7. Eliminar leis e costumes que impeçam a justiça social, econômica e política (adicionado em 1984) (ROTH, [202-]).²³

Esses princípios foram bastante criticados por organizações anti-*apartheid*, como o *American Committee on Africa*, acusando-os de serem uma mera distração, incapaz de forçar uma mudança na estrutura do regime. Apontou-se que as medidas referiam-se a direitos econômicos, sem referências aos direitos civis e políticos, e aplicáveis apenas a uma pequena parte da população sul-africana, justamente as que trabalhavam nas corporações norte-americanas. O meio empresarial norte-americano, por sua vez, aplaudiu a iniciativa (CORPORATE, [202-])²⁴.

Em 1983, a General Motors e a Ford Motor Company declararam-se contra o regime do *apartheid* e afirmaram que buscavam o tratamento igual para não-brancos na África do Sul, por meio da aplicação dos Princípios Sullivan (CORPORATE, [202-])²⁵. Em 1986 uma lei anti-*apartheid* foi aprovada pelo Congresso dos EUA, exigindo que próprio governo e empresas norte-americanas atuantes na África do Sul adotassem aqueles Princípios. No seu auge, a nova imposição afetou 178 filiais, envolvendo 62.400 trabalhadores. As empresas participantes criaram um fundo de US\$ 400 milhões para investimentos em saúde, educação, habitação,

²³ ROTH, Molly. Sullivan Principles. **Global Philadelphia**. Filadélfia, Estados Unidos, [202-]. Disponível em: <https://bit.ly/2M201Sn>. Acesso em: 5 out. 2019, p. 3.

²⁴ CORPORATE RESPONSE: The Sullivan Principles. **Michigan in the World**. [s.l.], [202-]. Disponível em: <https://bit.ly/3gsJHrP>. Acesso em: 5 out. 2019.

²⁵ CORPORATE RESPONSE: The Sullivan Principles. **Michigan in the World**. [s.l.], [202-]. Disponível em: <https://bit.ly/3gsJHrP>. Acesso em: 5 out. 2019.

treinamento e suporte para o empreendedorismo negro na África do Sul (CARASCO; SINGH, 2008)²⁶.

Cabe aqui apresentar considerações críticas atuais em relação ao sexto princípio acima apresentado. Werhane (2019)²⁷, por exemplo, aponta-o como sendo extremamente complexo, eis que embora tenha, a princípio, um cariz bastante vanguardista, um olhar mais aproximado e acurado do seu texto demandaria da empresa obrigações que poderiam induzir um paternalismo bastante acentuado em relação a ela (tal e qual um Estado que, paternalisticamente, proveria uma comunidade com as mais básicas condições, e desse papel se aproveita caritativamente). Ademais, a empresa poderia se revelar politicamente envolvida de modo exagerado — a ponto de questionar, por exemplo, a soberania do país onde se instala ao assumir uma obrigação de, por exemplo, voltar-se contra o ordenamento jurídico de tal Estado (que tenha como legal alguma norma que possa ser considerada desafiadora aos Direitos Humanos, como a manutenção do *apartheid*).

Em 1999, durante uma reunião especial da ONU, convocada pelo então Secretário-Geral Kofi Annan, Sullivan revelou o seu projeto denominado *Global Sullivan Principles*, um relançamento da sua principiologia inicial revisada em colaboração com um grupo de líderes empresariais. A ideia era desenvolver um conjunto de preceitos éticos transnacionais válidos para orientar a economia numa dimensão global. Os *Global Sullivan Principles* foram apresentados da seguinte forma:

1. Mostrar respeito e apoio aos Direitos Humanos, no tratamento dos empregados e comunidades onde operações são conduzidas, de forma equitativa;
2. Oferecer oportunidades iguais de melhoria e avanço a todos os empregados, evitando explorar grupos vulneráveis;
3. Respeitar o direito de livre associação dos empregados;
4. Oferecer uma compensação justa a todos os empregados;
5. Proteger a saúde dos trabalhadores e de toda a comunidade, envolvendo-se no desenvolvimento sustentável;

²⁶ CARASCO, Emily F.; SINGH, Jang B. Human Rights in Global Business Ethics Codes. **Business and Society Review**. Malden, Oxford, v. 113, n. 3, p. 347-374. 2008.

²⁷ WERHANE, Patricia H. The Moral Responsibility of Multinational Corporations to Be Socially Responsible *In*: BEVAN, David J.; WOLFE, Regina W.; WERHANE, Patricia H (eds.). **Systems Thinking and Moral Imagination: Rethinking Business Ethics**. Cham, Suíça: Springer, 2019. p. 379-385.

6. Respeitar as leis de direitos de propriedade intelectual;
7. Contribuir positivamente para as comunidades dos locais onde operam; e,
8. Agir em prol da propagação desses princípios (ALEXIS, 2010)²⁸.

Esses oito princípios apontam um caminho para as empresas atuarem no mercado global, enquanto garantem posturas socialmente responsáveis e comprometidas com o desenvolvimento sustentável. A Fundação Sullivan mantém uma lista de todas as empresas que se comprometeram a operar sob esses Princípios, mantendo esses padrões em seus mercados domésticos e estrangeiros.

Os *Global Sullivan Principles* foram pioneiros no desenvolvimento de um código voluntário de conduta aplicado a operações reais, visando um grande número de corporações. Atingiu empresas de vários tamanhos, em vários degraus, que assumiram o dever de preservar o meio ambiente e oferecer ofertas justas e igualitárias de trabalho. Outras empresas, como Reebok, Nike e Levi's também se moveram na mesma direção, muito embora tenham optado por desenvolverem seus próprios códigos (SETHI; WILLIAMS, 2002)²⁹.

Padrões internacionais de responsabilização empresarial, na forma de códigos de conduta, acabam se tornando uma ferramenta de monitoramento das atividades dessas empresas. Na medida em que são fiscalizadas com base em padrões internacionais de governança, cria-se a expectativa de que tais empresas assumam sua responsabilidade de maneira pública, incorporando questões sociais em suas operações³⁰.

²⁸ ALEXIS, Gwendolyn Yvonne. The Global Sullivan Principles. In: COHEN, Nevin; ROBBINS, Paul (eds.). **Green Business: An A-to-Z Guide**. Thousand Oaks, Califórnia: SAGE, 2010. p. 279-281.

²⁹ SETHI, S. Prakash; WILLIAMS, Oliver F. Creating and Implementing Global Codes of Conduct: an assessment of the Sullivan Principles as a role model for developing international codes of conduct – lessons learned and unlearned. **Business and Society Review**, Malden, Oxford, v. 105, n. 2, p. 169-200, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/2XBAZ26>. Acesso em: 5 out. 2019.

³⁰ BEHNAM, Michael; MACLEAN, Tammy L. Where is the Accountability in International Accountability Standards?: a Decoupling Perspective. **Business Ethics Quartely**. Nova Iorque, v. 21, n. 1, p. 45-72, jan. 2011.

3. A influência dos Princípios Sullivan em outras iniciativas: Princípios MacBride e Caso Royal Dutch/Shell Group

A África do Sul e a Irlanda do Norte são regiões de características díspares, como a população, a composição étnica e a religião (GUELKE, 1991; MCCRUDDEN, 2009)³¹. No entanto, é possível identificar alguma semelhança entre as duas sociedades, no que diz respeito à segregação, discriminação e à violência política. Há, na Irlanda do Norte, um histórico conflito entre a maioria protestante e a minoria católica, que causa reflexos não somente na esfera pública, envolvendo a luta por direitos civis e autodeterminação dos católicos, mas também em relação aos aspectos econômicos e privados. Assim como na África do Sul, em que a segregação racial gerou uma política de discriminação no mercado de trabalho, o mesmo foi experimentado por católicos na Irlanda do Norte.

As práticas discriminatórias conduzidas pelas empresas da região, aliadas à inabilidade do governo britânico local em lidar com a questão, conduziu à formação de um processo de debate e crítica sobre o acesso ao pleno emprego por católicos na Irlanda do Norte. Assim como se deu para com o movimento internacional anti-*apartheid* na África do Sul, surgiu, em paralelo e inspirado pelo primeiro, um grupo de ONGs, pensadores e representantes do setor empresarial que passaram a pressionar o governo britânico para o desenvolvimento de políticas públicas de inserção no mercado de trabalho e fim da discriminação da minoria. O processo ganhou força no setor empresarial norte-americano, que ensaiou a possibilidade de um amplo projeto de desinvestimento na Irlanda do Norte, nos moldes da iniciativa sul-africana (GUELKE, 1991; GUELKE, 1996)³².

Em 1984, sob a inspiração dos Princípios Sullivan, Sean MacBride, ex-integrante do Exército Republicano Irlandês (IRA), ex-Ministro de Negócios Estrangeiros na República da

³¹ Estima-se que, em 1987, durante o *apartheid*, a população da África do Sul era de 35 milhões de pessoas, destas sendo 74,7% de africanos, negros 14% de africanos brancos, 8,7% de povos miscigenados e 2,6% de asiáticos. Já na Irlanda do Norte, a população era de 1.575.000 pessoas, constituída em 40% por pessoas da religião católica. GUELKE, Adrian. The Political Impasse in South Africa and Northern Ireland. **Comparative Politics**, Nova Iorque, v. 23, n. 2, p. 143-162, jan. 1991. MCCRUDDEN, Christopher *et al.* Affirmative Action without Quotas in Northern Ireland. **The Equal Rights Review**, Londres, v. 4, p. 7-14, 2009.

³² GUELKE, Adrian. The Political Impasse in South Africa and Northern Ireland. **Comparative Politics**, Nova Iorque, v. 23, n. 2, p. 143-162, jan. 1991. GUELKE, Adrian. The United States, Irish Americans and the Northern Ireland Peace Process. **International Affairs**, Londres, v. 72, n. 3, p. 521-536, jul. 1996.

Irlanda, fundador da Anistia Internacional e ganhador do prêmio Nobel da Paz em 1974, propôs a criação dos *MacBride Principles* (Princípios MacBride), que são:

1. Aumentar a representação de indivíduos de grupos religiosos sub-representados, garantindo a igualdade de oportunidades a todos os segmentos da comunidade da Irlanda do Norte;
2. Promover segurança adequada para a proteção de funcionários minoritários contra intimidação e abuso físico no local de trabalho;
3. Proibir emblemas provocativos ou políticos no local de trabalho;
4. Proporcionar a divulgação pública de todas as suas ofertas de emprego, especialmente para atrair a comunidade sectária sub-representada, sem significar, todavia, a diminuição de oportunidade para outros candidatos;
5. Os procedimentos de demissão e rescisão não devem favorecer determinado grupo religioso, e demissões e *recall* não devem penalizar grupos religiosos desproporcionalmente;
6. Abolir restrições de trabalho e estágio e critérios diferenciados de emprego que discriminem com base na religião ou origem étnica;
7. Desenvolvimento de programas de treinamento que preparem funcionários de grupos minoritários para cargos de gerência mais qualificados;
8. Estabelecimento de procedimentos de avaliação, identificação e recrutamento de potenciais funcionários minoritários;
9. A nomeação de um membro de equipe de gerenciamento sênior para supervisionar a implementação de todos os princípios de ações afirmativas descritos (MACMANUS, 2001)³³.

A iniciativa foi amplamente apoiada pela comunidade irlandesa nos Estados Unidos, organizações de Direitos Humanos, sindicatos (como a Federação Sindical Norte-Americana) e grupos religiosos (como o Conselho Nacional de Igrejas nos Estados Unidos), que buscavam pressionar o governo britânico para agir de forma mais incisiva na equidade laboral na Irlanda do Norte. Um dos principais objetivos dessa campanha foi pressionar as empresas norte-

³³ MCMANUS, Father Sean. The MacBride Principles – The Essence. **Irish National Caucus, Inc.** Washington, 2001. Disponível em: <https://bit.ly/3danwEN>. Acesso em: 5 out. 2019.

americanas que atuavam em território irlandês para que adotassem os Princípios MacBride. Fundos de investimento com operações na Irlanda do Norte foram estimulados a implementarem os Princípios como parte de suas políticas de emprego, inclusive.

Uma vez que não se tratava de uma forma jurídica de aplicação obrigatória, foram criadas algumas leis estaduais e municipais nos EUA. As legislações previam a rescisão contratual para com empresas norte-americanas atuantes na Irlanda do Norte que não implementassem os Princípios (MCCRUDEN, 2009)³⁴ e o estabelecimento da condição de implementação da iniciativa para ter acesso a contratos governamentais (THE MACBRIDE, 2013)³⁵. Em novembro de 1985, o Estado de Massachusetts se tornou o primeiro dos EUA a adotar uma legislação que exigia o cumprimento desses princípios, seguido por Nova York, Nova Jersey, Connecticut e Rhode Island, ao longo de 1986 e 1987 (GUELKE, 1996)³⁶.

Como resultado do desenvolvimento dos Princípios MacBride e das pressões internacionais, a Irlanda do Norte e o governo britânico criaram seus próprios instrumentos legais capazes de garantir que católicos e protestantes tivessem justa participação no emprego. Em 1989, foi aprovado o *Fair Employment Act*, que exigia que todos os empregadores (públicos e privados), com dez ou mais funcionários, monitorassem a composição religiosa de sua força de trabalho, de modo a identificar se há participação justa de ambas as comunidades (católica e protestante). Com objetivo de conduzir as políticas públicas na área e orientar os empregadores acerca das ações afirmativas, foi criado o *Fair Employment Commission*, agência governamental com finalidade específica, posteriormente substituída, em 2000, pela *Equality Commission for Northern Ireland*, agência governamental criada para aquela finalidade (MCCRUDEN, 2009)³⁷.

A aprovação de uma nova legislação britânica sobre emprego justo acabou colocando em segundo plano a campanha pela adoção dos Princípios MacBride. Apesar disso, em 1999, a adesão aos Princípios foi incluída inicialmente como condição para ajuda norte-americana

³⁴ MCCRUDEN, Christopher *et al.* Affirmative Action without Quotas in Northern Ireland. **The Equal Rights Review**, Londres, v. 4, p. 7-14, 2009.

³⁵ THE MACBRIDE PRINCIPLES AT 25. **Irish National Caucus, Inc**, Washington, 28 mar. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3danwEN>. Acesso em: 5 out. 2019.

³⁶ GUELKE, Adrian. The United States, Irish Americans and the Northern Ireland Peace Process. **International Affairs**, Londres, v. 72, n. 3, p. 521-536, jul. 1996.

³⁷ MCCRUDEN, Christopher *et al.* Affirmative Action without Quotas in Northern Ireland. **The Equal Rights Review**, Londres, v. 4, p. 7-14, 2009.

para o Fundo Internacional para Irlanda. Posteriormente, a condição foi vetada pelo presidente norte-americano da época, Bill Clinton, situação que acabou gerando mal-estar entre os grupos ativistas, especialmente porque a difusão dos Princípios MacBride tinha sido uma das promessas de campanha daquele presidente (GUELKE, 1996)³⁸.

O outro caso relacionado aos Princípios Sullivan aconteceu na década de 1990, envolvendo a empresa Royal Dutch Shell, uma das maiores transnacionais do setor extrativista de petróleo, que enfrentou duas crises socioambientais envolvendo suas operações. Em maio de 1995, na ação para desabilitar o *Brent Spar*, um enorme espaço de armazenamento de óleo e plataforma de carga, localizado nas águas profundas do Atlântico Norte, a empresa sugeriu o seu afundamento e o despejo dos detritos no mar (LIVESEY, 2001)³⁹.

O movimento ambientalista, na figura do Greenpeace, criticou duramente a ação, alertando que os resíduos químicos e radiativos da plataforma poriam em risco a subsistência dos pescadores e a saúde do Mar do Norte (FRYNAS, 2003)⁴⁰. Enquanto o Greenpeace ocupava a plataforma, protestos públicos ocorreram por todo o mundo, sendo mais forte na Alemanha, onde a Shell enfrentou um grave declínio nas vendas de gasolina em decorrência de boicotes motivados por tais protestos (FRYNAS, 2003)⁴¹.

Em sua defesa, a empresa argumentou que afundar a plataforma teria impactos insignificantes no meio marinho, mas que os riscos à segurança e saúde da população em razão da manutenção do *Brent Spar* seriam seis vezes maiores, sendo endossada por especialistas, oceanógrafos, ambientalistas e pescadores. A Shell também atacou diretamente o Greenpeace, acusando-o de utilizar acrobacias visuais e dramáticas, compartilhando desinformação, e a própria mídia, por aceitar e divulgar, de forma acrítica, a campanha emotiva do Greenpeace. No final, a Shell abandonou seus planos de afundar a plataforma, muito embora ainda defendesse ser essa a decisão mais segura, até que em janeiro 1998 a empresa anunciou a

³⁸ GUELKE, Adrian. The United States, Irish Americans and the Northern Ireland Peace Process. **International Affairs**, Londres, v. 72, n. 3, p. 521-536, jul. 1996.

³⁹ LIVESEY, Sharon M. Eco-identity as Discursive Streggle: Royal Dutch/Shell, Brent Spar, and Nigeria. **Journal of Business Communication**, Los Angeles, v. 38, n. 1, p. 58-91, jan. 2001.

⁴⁰ FRYNAS, J. George. Royal Dutch/Shell. **New Political Economy**, Londres, v. 8, n. 2, p. 275-285, 2003.

⁴¹ FRYNAS, J. George. Royal Dutch/Shell. **New Political Economy**, Londres, v. 8, n. 2, p. 275-285, 2003.

reutilização de parte de sua estrutura principal para a construção de outras instalações (LIVESEY, 2001)⁴².

Em outro caso emblemático, a Shell teve que lidar com os impactos de sua atividade na região de Ogoniland, uma área de cerca de mil quilômetros quadrados, habitada por 500 mil pessoas do povo Ogoni, no Estado de Rivers, na Nigéria (RUGGIE, 2014)⁴³. Enquanto o petróleo constitui-se como a maior fonte de receita de exportação do país, os Estados nigerianos vinculados a essa atividade sofrem com a qualidade de vida extremamente precária, recebendo apenas o equivalente a 13% (treze por cento) dos valores obtidos com as operações daquela natureza (RUGGIE, 2014)⁴⁴.

Essa ausência de retorno econômico foi sentida especialmente pelos Ogoni, uma comunidade étnica que vivia tradicionalmente da pesca e da plantação, mas que aguentaram os efeitos socioambientais da exploração de petróleo. Estima-se que, em 1995, 75% (setenta e cinco por cento) dos gases originados da perfuração de petróleo foram queimados ao ar-livre (numa comparação, na mesma época, essa percentagem era de um por cento nos Estados Unidos, e de cinco por cento na média mundial)⁴⁵. Além de um grave problema de saúde pública, houve vários desastres ambientais na região, como derramamento de óleo e destruição de manguezais, que ameaçaram as zonas úmidas mais ecologicamente sensíveis (FRYNAS, 2003)⁴⁶.

Toda essa situação deu origem, em 1992, ao Movimento para a Sobrevivência do Povo Ogoni (MOSOP), tendo como um de seus líderes, o escritor e ativista Ken Saro-Wiwa. Dentre as atividades do Movimento, elencou-se a proclamação de uma Carta de Direitos dos Ogoni, que incluía a recuperação do meio ambiente, a distribuição mais justa de receita e maior autonomia política. O governo nigeriano e a empresa se mantiveram silentes quanto à iniciativa (RUGGIE, 2014)⁴⁷.

⁴² LIVESEY, Sharon M. Eco-identity as Discursive Struggle: Royal Dutch/Shell, Brent Spar, and Nigeria. *Journal of Business Communication*, Los Angeles, v. 38, n. 1, p. 58-91, jan. 2001.

⁴³ RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Tradução de Isabel Murray. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014.

⁴⁴ RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Tradução de Isabel Murray. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014.

⁴⁵ LIVESEY, Sharon M. Eco-identity as Discursive Struggle: Royal Dutch/Shell, Brent Spar, and Nigeria. *Journal of Business Communication*, Los Angeles, v. 38, n. 1, p. 58-91, jan. 2001.

⁴⁶ FRYNAS, J. George. Royal Dutch/Shell. *New Political Economy*, Londres, v. 8, n. 2, p. 275-285, 2003.

⁴⁷ RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Tradução de Isabel Murray. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014.

Em 1993, um enorme protesto pacífico organizado pelo MOSOP contra a Shell e outras empresas petroleiras levou cerca de 30 mil ogonis a se manifestarem, obrigando a empresa a retirar seu pessoal e encerrar as atividades na região. O governo da Nigéria culpou a liderança do movimento social, acusando-os de estabelecer um precedente para outras comunidades. Como resposta, as autoridades governamentais iniciaram uma grande ofensiva contra os ogoni, queimando aldeias, estuprando mulheres e causando a morte de cerca de 2 mil pessoas. Como consequência, Saro-Wiwa e mais outros oito ogonis foram acusados por terem incitado a população, sendo julgados por um tribunal militar e executados em 10 de novembro de 1995 (RUGGIE, 2014)⁴⁸.

Para os críticos da multinacional, o julgamento e as execuções representaram o ápice da presença negativa da Shell na Nigéria, sendo a empresa acusada pelo MOSOP e por outras ONGs e representantes da sociedade civil de não realizar um esforço significativo para intervir a fim de evitar as execuções. No resto do mundo, organizações de Direitos Humanos e ambientais, igrejas Católica e Protestantes, escritores e empresas progressistas protestaram na sede da Shell em Londres, acusando-a de assassinato, estimulando boicotes à empresa (LIVESEY, 2001)⁴⁹. A Shell, por sua vez, posicionou-se como vítima na situação, reconhecendo os problemas ambientais, mas minimizando-os, culpando fatores externos, tais como sabotagem (LIVESEY, 2001)⁵⁰.

Como resultado dos casos *Brent Spar* e Ogoni iniciou-se um processo de reflexividade que estimulou a mudança de cultura empresarial da Shell, preocupada com sua reputação internacional. Assim, a empresa realizou uma série de reformas internas para vincular suas atividades à responsabilidade social. Um dos principais pontos foi a revisão de sua “Declaração de Princípios Empresarias Gerais”, uma espécie de código de conduta corporativo, que passou a incluir em seu arcabouço normas de natureza autorregulatória, dedicadas à promoção dos Direitos Humanos e do desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, adicionou também os Princípios Sullivan às suas práticas, o que reforça a importância e a influência de tal documento

⁴⁸ RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios:** as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Tradução de Isabel Murray. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014.

⁴⁹ LIVESEY, Sharon M. Eco-identity as Discursive Streggle: Royal Dutch/Shell, Brent Spar, and Nigeria. **Journal of Business Communication**, Los Angeles, v. 38, n. 1, p. 58-91, jan. 2001.

⁵⁰ LIVESEY, Sharon M. Eco-identity as Discursive Streggle: Royal Dutch/Shell, Brent Spar, and Nigeria. **Journal of Business Communication**, Los Angeles, v. 38, n. 1, p. 58-91, jan. 2001.

na difusão da responsabilidade social pelo mundo. Em 1998, a Shell publicou um estudo considerado pioneiro no gênero de relatórios corporativos voluntários, cuja finalidade é demonstrar uma integração das empresas à consciência acerca dos impactos ambientais e sociais, e a conformidade com princípios de desenvolvimento sustentável (LIVESEY; KEARINS, 2002)⁵¹.

Sob o ponto de vista teórico, as comunicações econômicas e políticas serviram como fator de irritação no ambiente normativo, tanto nos casos Sullivan, MacBride e Shell, apesar dos contextos geográficos, sociopolíticos e culturais diversos. Dessa forma, o código operado e a programação correspondente são coesos no seu objetivo de provocar uma atuação jurídica. O sistema econômico, então, se mostra operacionalmente fechado, vez que, enquanto inicie comunicações geradoras de crise, não estabelece uma compreensão, tendo em vista a irritabilidade sistêmica.

Neste sentido, os Princípios Sullivan foram pioneiros como guias de autorregulação, capazes de causar irritação em outros sistemas sociais, motivando novas formas jurídicas, como as legislações norte-americanas de desinvestimento na África do Sul, os códigos de ética empresariais e os Princípios MacBride. Os próprios Princípios MacBride foram responsáveis por criar novas comunicações, que incluíram alterações na legislação trabalhista britânica. Por fim, a questão envolvendo a Shell, apesar de não sofrer uma influência direta dos Princípios Sullivan, foi cronologicamente posterior àquela primeira iniciativa, de modo que se desenvolve em um contexto político e econômico no qual existem expectativas sobre a RSE e o papel da autorregulação, cenário favorável criado graças à experiência normativa de Sullivan. Os inúmeros códigos de ética empresarial posteriores, que constituem uma forma normativa recorrente na atualidade e representante da reflexividade do Direito contemporâneo, são consequências dos processos políticos, econômicos e normativos originados a partir da iniciativa Sullivan.

4. CONCLUSÃO

⁵¹ LIVESEY, Sharon M.; KEARINS, Kate. Transparent and caring corporations? A study of Sustainability Reports by The Body Shop and Royal Dutch/Shell. **Organization & Environment**. v. 15, n. 3, p. 233-258, set. 2002.

Após todas as considerações acima, é possível apontar algumas conclusões acerca deste trabalho. Em primeiro lugar, é de se salientar o pioneirismo dos Princípios Sullivan no papel de guiar a autorregulação empresarial, causando, inclusive, irritações em outros sistemas e ordens (na política internacional, ao ser o principal fundamento para princípios globais; em outras ordens jurídicas não-estatais autorregulatórias; etc.). Em segundo lugar, é de se salientar que, ao levar empresas a assumirem responsabilidades sociais em relação ao ambiente em que se instalam, revelam grande sintonia (e, por que não afirmar, confluência), para com Direitos Humanos, principalmente aqueles relacionados à liberdade dos trabalhadores, à igualdade de tratamento, à inserção e ao desenvolvimento socioeconômico, bem como ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É claro que ao se apontar para esses pontos positivos da autorregulação não se está aqui a defender uma univocidade normativa autorregulatória, retirando-se do Estado papéis importantes na regulação e afirmação de Direitos Humanos e fundamentais: sabe-se que há meandros pelos quais empresas poderiam se evadir de cumprir princípios que assumiram para guiar suas condutas, ou o caráter tendencioso da fiscalização da implantação de tais princípios, dentre outros desvios mascaráveis da conduta. Contudo, é de se apontar que os Direitos Humanos oferecem um potencial irritativo importante em ordens jurídicas não-estatais na prática, e os Princípios Sullivan o demonstram em sua história e evolução.

Sendo assim, confirma-se a hipótese inicial apresentada, na medida em que, se por Direito contemporâneo entender-se uma normatividade social, para muito além do papel dos Estados, entendendo-se a conformação e a importância prática da autorregulação empresarial para as comunicações jurídicas contemporâneas, os Princípios Sullivan realmente tiveram grande importância para a fixação de obrigações de caráter social das empresas que os assumem, e que em grande medida são análogos à normatização dos Direitos Humanos.

É claro que essas conclusões não esgotam o potencial desse tipo de pesquisa — a qual deve ser compreendida como referencial para futuras pesquisas mais aproximadas da prática autorregulatória empresarial. É importante que as Ciências Sociais tragam a lume, futuramente, não apenas a importância de uma gama de normas historicamente importantes para a elaboração textual de códigos de conduta, mas também, a observação da aplicação efetiva desses princípios e códigos na prática.

REFERÊNCIAS

ALEXIS, Gwendolyn Yvonne. The Global Sullivan Principles. *In*: COHEN, Nevin; ROBBINS, Paul (eds.). **Green Business: An A-to-Z Guide**. Thousand Oaks, Califórnia: SAGE, 2010. p. 279-281.

BEHNAM, Michael; MACLEAN, Tammy L. Where is the Accountability in International Accountability Standards?: a Decoupling Perspective. **Business Ethics Quarterly**. Nova Iorque, v. 21, n. 1, p. 45-72, jan. 2011.

CARASCO, Emily F.; SINGH, Jang B. Human Rights in Global Business Ethics Codes. **Business and Society Review**. Malden, Oxford, v. 113, n. 3, p. 347-374. 2008, p. 356.

CORPORATE RESPONSE: The Sullivan Principles. **Michigan in the World**. [s.l.], [202-]. Disponível em: <https://bit.ly/3gsJHrP>. Acesso em: 5 out. 2019.

FERREIRA, Luciano Vaz. **Corrupção e Negócios Internacionais: Como o Brasil Pode Controlar o Suborno Praticado por Empresas Transnacionais**. Jundiaí: Paco, 2016.

FRIEDMAN, Milton. The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits. **The New York Times**. Nova Iorque, 13 de setembro de 1970. Disponível em: <https://nyti.ms/2ZHCChh>. Acesso em: 5 out. 2019.

FRYNAS, J. George. Royal Dutch/Shell. **New Political Economy**, Londres, v. 8, n. 2, p. 275-285, 2003.

GOODMAN, David. The 1980s: The Anti-Apartheid Convergence, Massachusetts and beyond. *In*: MINTER, William; HOVER, Gail; COBB JR, Charles (eds.). **No Easy Victories: African Liberation and American Activists over a Half Century 1950-2000**. Trenton: Africa World Press, 2007. p. 154-166.

GRIFFITH, Sean J. Corporate Governance in an Era of Compliance. **William and Mary Law Review**, Williamsburg, Estados Unidos, v. 57, n. 6, p. 2075-2140, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2TJHGOp>. Acesso em: 6 out. 2019.

GUELKE, Adrian. The Political Impasse in South Africa and Northern Ireland. **Comparative Politics**, Nova Iorque, v. 23, n. 2, p. 143-162, jan. 1991.

GUELKE, Adrian. The United States, Irish Americans and the Northern Ireland Peace Process. **International Affairs**, Londres, v. 72, n. 3, p. 521-536, jul. 1996.

GÜNTHER, Gotthard. Life as Poly-Contextuality. **Vorkender**, [s. l.], p. 3-4, fev. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3gsvRpn>. Acesso em: 5 out. 2019.

LIVESEY, Sharon M. Eco-identity as Discursive Struggle: Royal Dutch/Shell, Brent Spar, and Nigeria. **Journal of Business Communication**, Los Angeles, v. 38, n. 1, p. 58-91, jan. 2001.

LIVESEY, Sharon M.; KEARINS, Kate. Transparent and caring corporations? A study of Sustainability Reports by The Body Shop and Royal Dutch/Shell. **Organization & Environment**, v. 15, n. 3, p. 233-258, set. 2002.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução: Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder, 2007.

LUPASCO, Stéphane. **Le principe d'antagonisme et la logique de l'énergie**: Prolégomènes à une science de la contradiction. Paris: Rocher, 1987.

MCCRUIDEN, Christopher et al. Affirmative Action without Quotas in Northern Ireland. **The Equal Rights Review**, Londres, v. 4, p. 7-14, 2009.

MCMANUS, Father Sean. The MacBride Principles – The Essence. **Irish National Caucus, Inc.** Washington, 2001. Disponível em: <https://bit.ly/3danwEN>. Acesso em: 5 out. 2019.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. Tradução de Lucia Pereira de Souza. São Paulo: TIROM, 1999.

ROTH, Molly. Sullivan Principles. **Global Philadelphia**. Filadélfia, Estados Unidos, [202-]. Disponível em: <https://bit.ly/2M201Sn>. Acesso em: 5 out. 2019.

RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Tradução de Isabel Murray. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014.

SETHI, S. Prakash; WILLIAMS, Oliver F. Creating and Implementing Global Codes of Conduct: an assessment of the Sullivan Principles as a role model for developing international codes of conduct – lessons learned and unlearned. **Business and Society Review**, Malden, Oxford, v. 105, n. 2, p. 169-200, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/2XBAZ26>. Acesso em: 5 out. 2019.

THE MACBRIDE PRINCIPLES AT 25. **Irish National Caucus, Inc.**, Washington, 28 mar. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3danwEN>. Acesso em: 5 out. 2019.

WERHANE, Patricia H. The Moral Responsibility of Multinational Corporations to Be Socially Responsible *In*: BEVAN, David J.; WOLFE, Regina W.; WERHANE, Patricia H (eds.). **Systems Thinking and Moral Imagination**: Rethinking Business Ethics. Cham, Suíça: Springer, 2019. p. 379-385.