

2021
DEZEMBRO

VOLUME 9
NÚMERO 2
ISSN 2318-2253

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO CADE

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Volume 9 – Dezembro 2021 – 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 Braidó: 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 70770-504 – Brasília, DF

E-mail: revista@cade.gov.br

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

PARECERISTAS

Alexandre Ditzel Faraco, UFPR, Curitiba, Brasil.

Alexandre Santos de Aragão, UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Amanda Athayde Linhares Martins, UNB, Brasília, Brasil.

Amanda Flávio de Oliveira, UNB, Brasília, Brasil.

Ana de Oliveira Frazão, UNB, Brasília, Brasil.

Anna Binotto, USP, São Paulo, Brasil.

Ananda Portes Souza, UFMG, Belo Horizonte, Brasil.

Andrea Moreira da Fonseca Boechat, UEM, Maringá, Brasil.

Beatriz Malerba Cravo, FGV, São Paulo, Brasil.

Bernardo Macedo, Unicamp, Campinas, Brasil.

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

Carolina Saito da Costa, USP, São Paulo, Brasil.

Celso Fernandes Campilongo, USP, São Paulo, Brasil.

Daniel Boson, UniCeUB, Brasília, Brasil.

Daniel Favoreto Rocha, FGV, São Paulo, Brasil.

Denise Junqueira, NYU Law School, Nova York, EUA.

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

Eduardo Jordão Vieira, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.
Eduardo Nunes Sousa, UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.
Elvino Carvalho Mendonça, UNB, Brasília, Brasil.
Eric Hadmann Jasper, UNB, Brasília, Brasil.
Felipe Comarela Milanez, UFOP, Ouro Preto, Brasil.
Fabiana Tito, USP, São Paulo, Brasil.
Fernanda Garibaldi, USP, 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.
Guilherme Teno Castilho Misale, USP, São Paulo, Brasil.
Humbero Cunha dos Santos, USP, São Paulo, Brasil.
Ivo Teixeira Gico júnior, UniCeuB, Brasília, Brasil.
Juliana Maia Daniel Pinheiro, Sciences Po, Paris, França.
Leonor Cordovil, USP, São Paulo, Brasil
Lilian Manoela Monteiro Cintra de Melo, USP, São Paulo, Brasil.
Lucas Campio Pinha, UFRRJ, Rio de Janeiro, Brasil.
Luís Alberto da Costa Araujo, PUC, Belo Horizonte, Brasil.
Luis Henrique Bortolai, UniMETROCAMP, Campinas, São Paulo.
Luis Nagalli, NYU Law School, Nova York, EUA.
Marcelo Calliari, USP, São Paulo, Brasil.
Maria Cecília Andrade, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal.
Maria Fernanda Caporale Madi, Erasmos University, Rotterdam, Holanda.
Mônica Tiemy Fujimoto, UNB, Brasília, Brasil.
Osvaldo Agripino, UFSC, Florianópolis, Brasil.
Ottoni Ferreira Filho de Oliveira, FGV, São Paulo, Brasil.
Paula Forgioni, USP, São Paulo, Brasil.
Priscila Brolio Goncalves, USP, São Paulo, Brasil.
Raphael Chaia, UniDBSCO, Curitiba, Paraná.
Raquel Santana, UFSC, Florianópolis, Brasil.
Renata Oliveira, UFRN, Natal, Brasil.
Sara Tironi, USP, São Paulo, Brasil.
Sílvia Fagá de Almeida, FGV, São Paulo, Brasil.
Tainá Leandro, UNB, Brasília, Brasil.
Vicente Bagnoli, Mackenzie, São Paulo, Brasil.

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

Vivian Terng, USP, São Paulo, Brasil.

Waleska Monteiro, UFG, Goiás, Brasil.

SUMÁRIO

Apresentação	7
Abuso de Poder Regulatório: Uma evolução da advocacia da concorrência no Brasil	8
A efetividade da colaboração e o resultado útil do processo nos acordos de leniência antitruste	27
Tributação e Concorrência: uma análise da evasão fiscal como ilícito concorrencial	51
Deferência judicial às decisões do Cade e o equilíbrio entre os poderes constituídos	75
Direito Concorrencial e Tributação - O devedor contumaz e a competência do Cade	95
A regulação financeira e os determinantes do desempenho e da concentração bancária no Brasil: uma análise econométrica para o período 2000-2017	115
Designing competition policy in digital markets for developing economies: how the EU can contribute with the digital markets act and digital services act	133
Efeitos conglomerados na jurisprudência do Cade	159
Acordos anticoncorrenciais e a regra da razão estruturada no Direito da União Europeia	190
O controle empresarial externo no Direito da Concorrência	206

APRESENTAÇÃO

Lançamos a 18ª edição da Revista de Defesa da Concorrência (RDC) com 10 artigos que trazem discussões contemporâneas e relevantes que ocorrem no ambiente acadêmico antitruste. Assim, a Revista reforça sua vocação de promover debates qualificados sobre a defesa da concorrência no Brasil.

Iniciamos esta edição com artigo sobre o abuso do poder regulatório, previsto na nova Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/19), e sua relação com a advocacia da concorrência no país. Adiante, temos trabalho que debate a efetividade da colaboração e do resultado útil do processo nos acordos de leniência. Após, temos artigo sobre evasão fiscal como ilícito concorrencial, apresentando jurisprudências do Cade e do Judiciário e esforços legislativos nessa temática.

O quarto artigo deste número ressalta a importância da deferência judicial para o equilíbrio dos poderes, por meio da análise de pedidos revisionais que questionam decisões da autoridade antitruste brasileira. Adiante, seguimos com texto que aborda interfaces entre o Direito Tributário e o Direito Concorrencial, centrado na investigação da origem do Devedor Contumaz no sistema positivo. O sexto artigo reflete acerca do papel da regulação governamental para a rentabilidade e a estrutura de mercado das instituições financeiras.

O texto seguinte, em idioma inglês, “Designing competition policy in digital markets for developing economies: how the EU can contribute with the Digital Markets Act and Digital Services Act”, investiga a concorrência nos mercados digitais e o papel da política de concorrência nas economias em desenvolvimento. Seguimos com artigo que discorre sobre a aplicação dos chamados efeitos conglomerados nas decisões e análises de atos de concentração, a partir da vigência da Lei nº 12.529/2011.

O nono artigo da edição, por sua vez, analisa a metodologia de aplicação da regra da razão estruturada no eixo dos acordos anticoncorrenciais do Direito da Concorrência da União Europeia. O último trabalho busca delinear os principais contornos do controle externo para o Direito da Concorrência, analisando precedentes recentes do Cade e propondo critério operacional para a identificação do fenômeno.

Aproveitamos a oportunidade para destacar os 10 anos da Lei nº 12.529/2011, que reestruturou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. No dia 30 novembro de 2011 era promulgada a nova Lei de Defesa da Concorrência, cuja vigência iniciou em maio de 2012. Assim, convidamos a comunidade a submeter trabalhos sobre o normativo, em seus mais diversos aspectos, para que a próxima edição celebre uma década do novo marco da competitividade no Brasil.

A Coordenação Editorial agradece os autores e o empenho de todos os pareceristas que colaboraram com esta edição. Aos leitores, agradecemos o interesse e desejamos a todos uma ótima leitura!

Alexandre Cordeiro Macedo

Presidente do Cade

Luis Henrique B. Braido

Editor-chefe da RDC

ABUSO DE PODER REGULATÓRIO: UMA EVOLUÇÃO DA ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

*Abuse of regulatory power: na evolution of competition
advocacy in Brazil*

Dario da Silva Oliveira Neto¹

Alexandre Cordeiro Macedo²

RESUMO

O presente artigo aborda o abuso do poder regulatório, previsto no artigo 4º da nova Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/19), como uma evolução da advocacia da concorrência no Brasil. Para isso foi abordada uma visão teórica das normas regulatórias e das falhas de governo, além de discorrer sobre o indicador PMR desenvolvido pela OCDE, a delicada situação regulatória brasileira, a vedação apresentada pelo abuso do poder regulatório para a criação de barreiras à entrada injustificáveis ou não previstas em lei e a evolução que o artigo 4º traz para impulsionar a advocacia da concorrência no Brasil. Portanto, a criação do abuso de poder regulatório trouxe eficiência das normas regulatórias brasileiras, permitindo uma maior atuação da advocacia da concorrência perante regulações entendidas como falhas de governo.

Palavras-chave: abuso de poder regulatório; falhas de governo; barreiras à entrada; advocacia da concorrência.

1 Bacharel em Ciências Econômicas pela PUCRS com o prêmio distinção de mérito. Mestre em Desenvolvimento Econômico com ênfase em Economia Regional pela PUCRS. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS com láurea acadêmica. Especialista em Direito Empresarial pela PUCRS. Realizando o curso de Especialização em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela FGV. Participante do 38º PINCADE. Assessor Técnico do Gabinete da Presidência do Cade. Economista e Advogado. E-mail: dariooliveiraneto@hotmail.com

2 Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Ex-Superintendente-Geral e ex-conselheiro do Cade. Doutorando em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Pós-graduado em Processo Administrativo Disciplinar pela Universidade de Brasília (UnB). Graduado em Direito e em Economia. Visiting Scholar e International Fellow do Global Antitrust Institute da Antonin Scalia Law School - George Mason University em Washington/DC. Auditor de carreira da Controladoria-Geral da União (CGU) desde 2006, onde foi assessor e chefe de gabinete do Corregedor-Geral da União. Foi Secretário-Executivo do Ministério das Cidades. Professor da Pós-graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público/IDP. Professor convidado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), do Ibmecc e da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Organizador e autor do livro Tópicos Especiais de Direito Concorrencial, Editora Cedes. Autor de vários artigos em livros, revistas e jornais. Palestrante em diversos eventos e universidades no Brasil e no exterior, tais como Harvard Law School - Cambridge, Northwestern University - Chicago, American Bar Association (ABA), International Bar Association (IBA), International Competition Network (ICN), Global Competition Review (GCR) e Concurrence. E-mail: alexandre.cordeiro@cade.gov.br

ABSTRACT

This article addresses the abuse of regulatory power, as provided for in Article 4 of the new Economic Freedom Law (Law 13.874/19), as an evolution of competition advocacy in Brazil. To this end, a theoretical view of regulatory rules and government failures was approached, besides analyzing the PMR indicator developed by the OECD, the terrible Brazilian regulatory situation, the prohibition presented by the abuse of regulatory power to create unjustifiable barriers to entry or not foreseen by a previous law, and the evolution that Article 4 brings to boost competition advocacy in Brazil. Therefore, the creation of the abuse of regulatory power comes to bring efficiency to Brazilian regulatory rules, allowing a better performance of competition advocacy in front of regulations understood as government failures.

Keywords: abuse of regulatory power, government failures, barriers to entry, competition advocacy.

Classificação JEL: K21; K23; L50 e L51.

Sumário: *Introdução; 1. A regulação e as falhas de governo; 2. O indicador PMR e a infeliz situação regulatória brasileira; 3. O artigo 4º da LLE, o abuso de poder regulatório e barreiras à entrada; 4. O art. 4º como uma evolução da advocacia da concorrência; 5. Considerações Finais; 6. Referências bibliográficas.*

INTRODUÇÃO

O conceito de falhas de mercado é bastante difuso e estudado nas Ciências Econômicas e, cada vez mais, incorporado ao mundo do Direito. Segundo a definição dada pelos professores Pindyck e Rubinfeld (2009, p. 315), “falha de mercado é uma situação na qual um mercado competitivo não regulamentado é ineficiente porque os preços falham a prover sinais adequados para consumidores e produtores”³. Manuais de Microeconomia descrevem os quatro principais exemplos de falhas de mercado: (i) poder de mercado, (ii) informação incompleta, (iii) externalidades e (iv) bens públicos (Pindyck e Rubinfeld, 2009, p. 612-613). Há, contudo, um conceito “primo” menos famoso que o conceito de falhas de mercado que são as falhas de governo. Tal conceito é, ao menos, tão importante quanto o conceito de falhas de mercado, porém é claramente esquecido e negligenciado pelo Estado brasileiro.

As falhas de governo, de modo geral, dizem respeito às tentativas frustradas e malsucedidas de regulação do Estado para a correção das falhas de mercado. Enquanto muito se divulga sobre as imperfeições que o livre mercado apresenta, pouco se fala sobre as imperfeições que o Estado também é capaz de apresentar. Todavia, a Lei 13.874/19 (também conhecida como Lei da Liberdade Econômica e doravante denominada de LLE) parece direcionar o ordenamento jurídico brasileiro para um outro rumo, apresentando-nos a ideia de falhas de governo e demais regras que objetivam trazer critérios de eficiência sobretudo para a regulação brasileira. Primeiramente, exalta-se a edição dessa norma, visto que, se o remédio ao invés de salvar o paciente, mata-o, torna-se melhor não o

3 *Market failure (is a) situation in which an unregulated competitive market is inefficient because prices fail to provide proper signals to consumers and producers.*

tomar e, conforme veremos ao longo do trabalho, a regulação brasileira pode causar maiores danos que salvar as atividades econômicas e as falhas de mercado que pretende corrigir.

O presente artigo tem por objetivo analisar, principalmente, o artigo 4º da LLE⁴, que estabelece o instituto do abuso do poder regulatório, visando combater falhas de governo no formato de normas regulatórias infralegais não justificadas, e a sua relação com a concorrência – especialmente, a advocacia da concorrência. Para isso, será dividido em quatro seções. A primeira tratará brevemente sobre a regulação e o fenômeno das falhas de governo, demonstrando que, em alguns casos, as regulações que objetivariam corrigir as falhas de mercado acabam ampliando os problemas que originalmente pretenderiam corrigir. A segunda seção apresentará o indicador PMR desenvolvido pela OCDE, apontando o Brasil como um dos países com as piores regulações do mundo. A terceira seção apresentará o artigo 4º da LLE e o abuso de poder regulatório, retratando como esse artigo pode ser lido como um impedidor geral da criação de barreiras à entrada regulatória. A quarta e última seção apontará como o artigo 4º realizou a evolução da advocacia da concorrência no Brasil.

1. A REGULAÇÃO E AS FALHAS DE GOVERNO

A Constituição Federal estabelece que o princípio da livre-iniciativa⁵, junto com o princípio do valor social do trabalho, é um dos fundamentos da nossa Ordem Econômica no *caput* do artigo 170⁶. Contudo, como todo princípio fundamental (Cavalcanti, 2020, p. 261), o princípio da livre-iniciativa não é absoluto⁷.

4 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; III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado; IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco; V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios; VI - criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros; VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e IX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do *caput* do art. 3º desta Lei

5 Para entender o guarda-chuva jurídico protegido por esse princípio: “O princípio da livre-iniciativa tem por finalidade garantir o acesso dos agentes econômicos ao mercado e a sua liberdade de atuação e permanência nele, implicando, embora não exclusivamente, a liberdade de empresa. [...] No entanto, a livre-iniciativa não se limita à liberdade de empresa, pois abrange a liberdade contratual, a liberdade de trabalho, a liberdade de associação, a liberdade de inversão e a liberdade de organização do processo produtivo” (Bercovici, 2020, p.2).

6 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...].

7 “O princípio constitucional da livre-iniciativa, portanto, deve ser compreendido em uma dimensão coletiva como a garantia das pessoas de liberdade de entrada no mercado (direito de acesso facilitado aos mercados), liberdade de empreender e contratar (sem impedimentos ou obstáculos) e de acesso ao mercado em condições isonômicas. Nessa toada, o exercício ilimitado da livre-iniciativa individual aniquilaria os pressupostos da livre-iniciativa coletiva” (Domingues e Silva, 2020, p. 3). “A livre-iniciativa, portanto, como toda liberdade pública, é relativa. [...] Como afirma Vincenzo Spagnuolo Vigorita, a partir do momento em que a livre-iniciativa é reconhecida constitucionalmente, e, repita-se, o reconhecimento constitucional foi ao valor social da livre-iniciativa, ela está condicionada pelos fins e objetivos coletivos” (Bercovici, 2020, p.3).

Primeiramente, o próprio artigo 170, ao estabelecer a Ordem Econômica, enumera alguns outros princípios balizadores e ponderadores contra o princípio da livre iniciativa. Podemos citar, nesse caso, o princípio da livre-concorrência, que apresenta o seu desenho legal a partir da Lei 12.529/11⁸. A Lei de Defesa da Concorrência, ao dispor sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica no artigo 1º⁹, transpõe para o campo infraconstitucional situações em que o princípio da livre iniciativa é posto em segundo plano ao princípio da livre concorrência. Por exemplo, o empresário é livre para estabelecer o preço do seu próprio produto, porém ele não é livre para combinar um preço comum mais alto com os seus concorrentes, visto que essa prática lesa injustamente os consumidores, os quais têm o direito de ter um mercado e uma disputa concorrencial livre entre os ofertantes, conforme o inciso IV do art. 170 da CF.

Ademais, a Constituição assenta outra importante situação em que o princípio da livre iniciativa pode ser diretamente ponderado: na regulação de mercado. O artigo 174¹⁰ determina que o Estado exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, como um agente normativo e regulador da atividade econômica. A regulação, portanto, impacta diretamente na livre iniciativa dos agentes econômicos afetados por ela ao editar normas que indiretamente afetam as atividades econômicas.

Neste sentido sobre intervenção do Estado na economia, Grand (1991) leciona que, do ponto de vista econômico, há 3 formas em que o Estado é capaz de atuar na atividade econômica, sendo as duas primeiras de formas diretas e a última de forma indireta:

O governo pode se envolver em uma área de atividade social e econômica de uma ou todas as três formas: prestação, tributação ou subsídio e regulamentação. Ou seja, ele pode fornecer uma mercadoria por si só por possuir e operar as agências relevantes e empregar o pessoal relevante. Ele pode tributar a mercadoria, elevando o seu preço acima do nível que teria sido atingido em um mercado competitivo, ou pode subsidiar a mercadoria, reduzindo seu preço abaixo do nível competitivo. Algumas vezes, o preço pode ser reduzido a zero, com a mercadoria sendo fornecida gratuitamente. Alternativamente, o governo pode regular a produção e distribuição da mercadoria, prescrevendo a estrutura do mercado ou a quantidade, qualidade ou preço da mercadoria em questão (Grand, 1991, p. 431)¹¹.

8 “A liberdade de iniciativa, assim, é condicionada pela legislação aplicável à atividade econômica privada” (Bercovici, 2020, p.3).

9 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.

10 Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

11 *The government can involve itself in an area of social and economic activity in any, or all, of three ways: provision, taxation or subsidy and regulation. That is, it can provide a commodity itself through owning and operating the relevant agencies and employing the relevant personnel. It can tax the commodity, thus raising its price above the level that would have been attained in a competitive market, or it can subsidize the commodity, thus lowering its price below the market level. Sometimes the price may be reduced to zero, with the commodity being provided free. Alternatively, the government can regulate the production and distribution of the commodity, prescribing the structure of the market or the quantity, quality or price of the commodity concerned.*

Portanto, “define-se regulação como qualquer ação do governo no sentido de limitar a liberdade de escolha dos agentes econômicos” (Pinto Júnior e Fiani, 2013, p. 299)¹², apartando-se as ações de prestação direta do produto/serviço e a tributação ou subsídio do produto/serviço.

Seguindo o raciocínio de Grand (1991, p. 438), há de modo geral, quatro grandes formas de regulação, isto é, a regulação pode ser compreendida como um gênero que apresenta quatro espécies: (i) a regulação pode se dar através de quantidade, criando normas para encorajar ou desencorajar a produção de um produto ou serviço, afetando diretamente a quantidade final produzida; (ii) a regulação pode ser através do preço, impondo um valor obrigatório ou preços máximos e mínimos a serem praticados; (iii) a regulação também pode se dar através da qualidade de um produto, determinando a realização de procedimentos, necessidades técnicas, testes de qualidade, entre outras obrigações que um produto necessita ter para ser oferecido e ofertado ao mercado; (iv) e, por fim, a regulação pode almejar modificar a estrutura do mercado em si, controlando o número de empresas possíveis naquele mercado ou as formas de negociações e de trocas do produto. O Estado, destarte, produz normas regulatórias que apresentam regras dentre essas quatro espécies para intervir indiretamente na economia.

Porém, por qual razão (ou quais razões) o Estado intervém indiretamente na economia? Na teoria econômica, parte-se do princípio que a regulação irá corrigir uma falha de mercado, conforme visto na introdução, gerando uma maior eficiência nesse mercado – normalmente através de menor preço ou maior quantidade ou qualidade do produto oferecido. Isto é, a regulação tende a corrigir falhas de mercado¹³.

Contudo, uma escola político-econômica, que mais tarde foi intitulada de *Public Choice*, começou a observar que, em alguns casos, o remédio da regulação estava matando, ou gerando mais problemas, em relação àquilo que ela objetivava curar – as falhas de mercado. Segundo observado por Stigler (1971, p.3) “existem regulações cujos efeitos líquidos sobre a indústria regulamentada são inegavelmente onerosos”¹⁴. A partir dessas observações, cunhou-se a expressão falhas de governo.

Willians Jr. e Coase (1964) foram os primeiros autores a utilizar a expressão “falha de mercado” (*government failure*) – McKean (1965) também foi pioneiro ao registrar a necessidade de estudo das falhas de mercado¹⁵. O vencedor do prêmio Nobel de Economia de 1991 e Ernest Willians apontaram que, de fato, ao se visualizar o mundo real, nem toda norma regulatória editada pelo Estado para corrigir uma falha de mercado gera resultados ótimos ou, no mínimo, melhores do que os problemas causados pela própria falha de mercado. Isso não quer dizer que as regulações não

12 No mesmo sentido: “[...] entende-se por regulação econômica a atividade do Estado intervir indiretamente na economia para sanar falhas de mercado” (Gaban e Domingues, 2020, p. 248).

13 “Nas abordagens mais convencionais não se espera que haja qualquer necessidade de o governo interferir na liberdade de decisão econômica das empresas, uma vez que se supõe a economia em uma situação de concorrência perfeita, quando o mercado fornece estímulos eficientes por meio do mecanismo de preços para a alocação de recursos [...]” (Pinto Júnior e Fiani, 2013, p. 299).

14 “There are regulations whose net effects upon the regulated industry are undeniably onerous”.

15 “We should study the anatomy of market failure, the anatomy of government failure, and the possibilities of improving the functioning of both” (McKean, 1965, p. 505)

são capazes de aperfeiçoar o sistema econômico e consertar as falhas de mercado, mas que, dependendo da regulação imposta, o problema inicial que ela objetivaria corrigir acaba sendo agravado pela própria regulação¹⁶.

Neste sentido, Willians Jr. e Coase (1964), McKean (1965) e Wolf Jr. (1979) argumentam que a pura existência e detecção de uma falha de mercado não significaria (ou não deveria significar) diretamente a obrigatoriedade de regulação do Estado, pois a regulação proposta pelo Estado poderia ser capaz de exceder os custos e problemas causados pela falha de mercado. Isto é, se a regulação estatal, que objetivaria solucionar uma falha de mercado, ocasiona uma falha de governo, e se os custos provenientes da falha de governo forem maiores do que os custos da falha de mercado, torna-se preferível não ter regulação nenhuma do que ter alguma regulação. Portanto, é papel e dever do regulador saber dos limites de seus poderes. Se o regulador crê que não há o que se possa fazer para solucionar tal problema, e que qualquer possível regulação apenas seria capaz de trazer mais adversidades do que soluções, o regulador deve se ausentar da criação de normas. Desse modo, há que se acabar com a perversa tara da regulação estatal como solução para todos os problemas de mercado, pois, conforme veremos mais adiante, os dados regulatórios brasileiros apontam na direção de um excesso injustificado de regulação, sendo um motor nefasto ao desenvolvimento e crescimento econômico.

Sobre as falhas de governo, algumas são as causas sobre as suas existências, podendo ser tanto causas voluntárias como involuntárias em relação aos objetivos iniciais do regulador. Uma das causas involuntárias seria a imperfeição de informação do regulador. Em um cenário ideal, o regulador teria todas as informações possíveis e disponíveis do mercado que ele objetivaria regular e, por conseguinte, editaria normas com o objetivo de corrigir as falhas de mercado existentes. Contudo, tendo em vista que vivemos em um mundo de informações imperfeitas e assimétricas, a regulação imposta, ainda que vise solucionar o maior número de problemas possíveis, pode acabar não atingindo o seu objetivo e, em alguns casos, ampliando o problema inicial. Isto é, “a ausência de informações perfeitas significa que a regulação da quantidade pode resultar na produção de uma quantidade excessiva ou insuficiente do bem ou serviço em questão”¹⁷ (Grand, 1991, p. 439).

Já, em relação às causas voluntárias, podemos citar também uma segunda falha de governo denominada de captura regulatória¹⁸. Normalmente, as regulações são feitas por órgãos ou agências especializadas no mercado específico da regulação. No Brasil, por exemplo, algumas regulações são feitas pelas agências reguladoras, sendo organizadas pela Lei nº 13.848/19, enquanto outras regulações são editadas por órgãos das três esferas de governo: federal, estadual e muni-

16 “Government intervention to correct market failure may generate unanticipated side effects. These will not be realized by the for them and therefore do not affect the agency responsible creating agency’s behaviour” (Grand, 1991, p. 430).

17 “The absence of perfect information means that quantity regulation can result in either too much or too little of the good or service concerned being produced”.

18 Para uma revisão completa sobre a teoria e prática de captura regulatória, recomendamos o texto de Dal Bó (2006). Neste artigo, apresentaremos apenas a ideia inicial proposta por Stigler (1971). Porém, como Dal Bó nos apresenta, tal ideia inicial foi evoluída, principalmente através da criação de modelos teóricos de captura regulatória.

cial¹⁹. Stigler (1971), no célebre artigo *The theory of economic regulation*, apresenta-nos a ideia de captura regulatória ao dispor que: “toda indústria ou ocupação que tenha poder político suficiente para utilizar do estado buscará controlar a entrada. Ademais, a política regulatória será muitas vezes moldada de forma a retardar a taxa de crescimento de novas empresas”²⁰.

Stigler (1971) parte do pressuposto que o Estado detém um importantíssimo diferencial que não é dividido com os cidadãos: o poder de coerção²¹. Em outras palavras, apenas o Estado é capaz de criar normas de cunho mandatário que deverão ser observadas e cumpridas por todos. Dessa forma, abre-se espaço para que empresas com demasiada força política adotem métodos não competitivos para barrarem a concorrência efetiva de empresas rivais através da influência sobre políticos, legisladores e reguladores para a criação de regras que favoreçam apenas as empresas com poderes políticos, como a exigência de fatores técnicos que só os produtos daquelas empresas apresentam ou uma medida mais drástica como a possibilidade de produção de um produto por apenas aquela empresa²².

Economicamente, entende-se que o objetivo de qualquer empresa é a maximização de lucros e que “em uma indústria não regulamentada, a influência de cada empresa sobre o preço e a produção é proporcional a sua participação na produção da indústria”²³ (Stigler, 1971, p. 7). Todavia, o cenário se modifica em um ambiente de um mercado regulado, onde empresas com maiores poderes políticos são capazes de influenciar – ou até mesmo mandar/obrigar – o processo de criação de normas regulatórias. Ainda que essa prática não deva ser vista como justa, ela pode ser entendida como natural, pois “[...] é da natureza da empresa buscar se blindar ao máximo do risco representado pela concorrência, ainda que potencial. Muitas vezes, essa blindagem se dá por meio de pressão política para o estabelecimento de barreiras à entrada” (Campilongo, 2020, p.5). Conclui-se, portanto, que “esses vários benefícios políticos não são obtidos pela indústria em uma forma pura de maximização de lucros”²⁴, porém são meios possíveis de evitar a concorrência e, assim, maximizar os seus lucros de uma maneira não concorrencial. Isto é, “os poderes de coerção provêm a possibilidade de utilização do Estado pelas indústrias para aumentar a sua lucratividade”²⁵ (Stigler, 1971, p.4).

19 Destaca-se que a captura regulatória não ocorre apenas no âmbito de agências reguladoras e/ou órgãos especializados, podendo ocorrer também no âmbito do Poder Legislativo através da criação de normas para a proteção de algumas empresas e a criação de barreiras à entrada para as demais empresas concorrentes.

20 “[...] every industry or occupation that has enough political power to utilize the state will seek to control entry. In addition, the regulatory policy will often be so fashioned as to retard the rate of growth of new firms” (Stigler, 1971, p.5).

21 “The state has one basic resource which in pure principle is not shared with even the mightiest of its citizens: the power to coerce. The state can seize money by the only method which is permitted by the laws of civilized society, by taxation. The state can ordain the physical movements of resources and the economic decisions of household and firms without their consent. The powers provide the possibilities for the utilization of the state by an industry to increase its profitability” (Stigler, 1971, p.4).

22 “[...] por vezes, atos normativos, subsídios ou exigências técnicas irrazoáveis são erigidos com o propósito de reserva de mercado e favorecimento indevidos, especialmente, em favor de poucos grupos econômicos com laços com o poder político ou com prévio poderio econômico capaz de influenciar na elaboração de normas públicas” (Domingues e Silva, 2020, p. 4).

23 “In an unregulated industry each firm’s influence upon price and output is proportional to its share of industry output”.

24 “These various political boons are not obtained by the industry in a pure profit-maximizing form” (Stigler, ?, p. 6).

25 “The powers (poderes de coerção) provide the possibilities for the utilization of the state by an industry to increase its profitability”.

Em relação à exemplos de captura regulatória, Gaban e Domingues (2020, p.252) citam os casos das atuações dos empresários norte-americanos J. P. Morgan e Rockefeller sobre a interferência que eles praticavam perante os reguladores e legisladores para que esses aprovassem normas que dificultassem a concorrência de empresas rivais. Ressaltamos que há uma correlação positiva entre tamanho do Estado, ou tamanho de agentes reguladores e normas regulatórias, e a possibilidade de captura desses reguladores, visto que quanto maior for o número de órgãos e entidades capazes de editar normas de cunho obrigatório, maior também é a probabilidade de esses órgãos serem capturados por uma empresa (ou empresas) que almejam a pura edição de normas que aumentem sua própria utilidade e não da sociedade como um todo.

2. O INDICADOR PMR E A INFELIZ SITUAÇÃO REGULATÓRIA BRASILEIRA

Compreendida a ideia de falhas de governo e algumas das causas de suas existências, partimos para uma investigação empírica sobre como está o quadro regulatório brasileiro a fim de identificar a necessidade do teor do art. 4º da LLE e do instituto do abuso do poder regulatório. Para isto, analisaremos brevemente o indicador PMR da OCDE.

A OCDE é conhecida internacionalmente pela produção de estudos, *guidelines* e índices sobre as mais diversas áreas do desenvolvimento humano e econômico. Em relação à regulação estatal, o órgão internacional apresenta o indicador PMR (*Product Market Regulation*). Conforme a página inicial do indicador:

A regulação pró-competitiva nos mercados de bens e serviços pode ajudar a impulsionar os padrões de vida, pode aumentar a renda per capita através do incremento de investimento e emprego e pode encorajar as empresas a serem mais inovadoras e eficientes, crescendo assim a produtividade. Para medir a postura regulatória dos países e acompanhar o progresso das reformas ao longo do tempo, desde 1998 a OCDE vem produzindo um conjunto de indicadores de regulação do mercado de produtos (PMR). Esse conjunto incluiu um indicador para toda a economia e um grupo de indicadores que medem a regulação no nível do setor²⁶.

O indicador é composto de dois subindicadores: o subindicador *Economy-wide PMR* e o subindicador *Sector PMR*. Enquanto o primeiro subindicador objetiva captar valores e informações gerais sobre a regulação da economia do país, o segundo subindicador objetiva focalizar sobre informações específicas de diversos setores da economia, como setor de energia, setor aéreo, setor de gás, setor de água, setor de comunicação, entre outros setores. O último indicador lançado é de janeiro de 2018, analisando 46 países, sendo 36 países membros da OCDE e 10 países não-membros

²⁶ *Pro-competition regulation in the markets for goods and services can help boost living standards, can raise output per capita by increasing investment and employment, and can encourage firms to be more innovative and efficient, thereby lifting productivity. To measure countries' regulatory stance and to track reform progress over time, since 1998 the OECD has been producing a set of indicators of product market regulation (PMR). This set included an economy-wide indicator and a group of indicators that measures regulation at the sector level.* Disponível em: < <https://www.oecd.org/economy/reform/indicators-of-product-market-regulation/> >. Acesso em: 07 nov. 2020.

da OCDE (incluindo o Brasil)²⁷.

Sobre o subindicador *Economy-wide*, a OCDE afirmou que “as barreiras regulatórias são maiores no Brasil do que na maioria dos países da OCDE”²⁸. O Brasil, entre os 46 países examinados, obteve a segunda pior nota do subindicador *Economy-wide* – tendo uma avaliação melhor apenas em relação a Argentina. Esse subindicador apresenta dois grandes índices: (i) distorções induzidas pelo envolvimento do Estado e (ii) barreiras à entrada doméstica e estrangeira. No primeiro índice, o Brasil obteve a segunda pior nota de todos os países, ou seja, dentre os 46 países analisados pelo indicador PMR, o Brasil apresenta as segundas maiores distorções induzidas através do envolvimento do Estado segundo a OCDE – estando ligeiramente atrás apenas da África do Sul neste ponto. Essa afirmativa, por si só, comprova a necessidade do instituto do abuso de poder regulatório e de uma revisão geral sobre a regulação estatal brasileira. Ademais, no segundo índice, o Brasil também apresenta a segunda pior nota, isto é, o Brasil só não apresenta maiores barreiras à entrada para empresas nacionais ou estrangeiras do que a Argentina. E, conforme veremos, o objetivo do art. 4º da LLE é justamente a proibição da criação de barreiras à entrada injustificadas. Portanto, mais uma vez, os fatos, através da metodologia do PMR, comprovam a necessidade de melhoria de eficiência da regulação estatal brasileira²⁹.

Por fim, a OCDE apresentou conclusões específicas para cada um dos 46 países analisados pelo índice. Como conclusão geral sobre a regulação, a nota técnica sobre o Brasil afirmou que:

Os resultados do PMR para o Brasil mostram que há espaço para melhorias em várias áreas. O país se beneficiaria de uma revisão de sua configuração regulatória em muitos setores e domínios para identificar e remover obstá-

27 Para conferir a metodologia completa dos índices, ver em: <https://www.oecd.org/economy/reform/A%20detailed%20explanation%20of%20the%20methodology%20used%20to%20build%20the%20OECD%20PMR%20indicators_FINAL.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2020

28 “Regulatory barriers are higher in Brazil than in most OECD countries. There is scope for greater simplification of the administrative requirements imposed on new businesses, as well as for reducing the complexity of regulatory procedures. The rules governing public procurement fall short of OECD best practices, and there are high barriers to entry in the network sectors. By contrast, overall regulation in services is close to the OECD average, though differences across sectors. Public ownership of firms in the surveyed sector is also close to the OECD average. However, the governance of these enterprises could be improved to enhance their efficiency and to level the playing field between privately and publicly-owned firms”. Nota técnica brasileira. Disponível em: <https://issuu.com/oecd.publishing/docs/brazil_country_note_-_final?fr=sMjZjMDkzNTk1MQ>. Acesso em: 07 nov. 2020.

29 Não analisaremos neste trabalho os resultados do subindicador Sector PMR, pois ele indica os níveis específicos de regulação de cada setor e, visto que o artigo não objetiva a análise de um setor em específico, mas uma visão geral da regulação, deixamos apenas o comentário geral sobre esse subindicador feito pela OCDE “In terms of sector-specific regulations, Brazil falls short of international best practices in many industries. The energy and transport sectors, with the exception of air transport, could benefit from a review of their regulatory set-up to strengthen competition, reduce user costs and improve infrastructure. Professional services are subject to regulations that inhibit competition and innovation, such as constraints on the legal form that professional firms can take and territorial restrictions to the movement of professionals within the country. However, regulatory constraints to competition in general retail distribution and in the retail sale of medicines are lighter than in many OECD countries”.

Ademais, a nota técnica também aprofundou e apresentou conclusões sobre o subindicador da economia em geral e sobre o subindicador dos setores. Quanto aos setores, indicou-se que os pontos fortes regulatórios brasileiros são o setor aéreo, o setor de varejo e setor médico-farmacêutico. Em relação aos desafios, há espaços para melhoras regulatórias, principalmente, nos setores de gás natural e setor elétrico. No tocante à economia em geral, destacamos aqui algumas conclusões mais importantes para esse artigo, como a já conhecida dificuldade do processo de abertura de empresas no Brasil³¹, a não existência de regras capazes de minimizar problemas de captura regulatória³² e a falta de mecanismos de análises das normas regulatórias (“o Brasil se beneficiaria ao prestar mais atenção à concorrência ao desenvolver e avaliar novas regulações. Em particular, não há a obrigação de realizar uma análise de impacto regulatório”³³).

Portanto, conectando as conclusões desse indicador da OCDE com a nossa nova norma estudada neste presente artigo, entendemos que a LLE vem em um ótimo momento para realizar avaliações de eficiência e, assim, combater a ineficiência regulatória brasileira – ineficiência altamente demonstrada pelos dados e pelo indicador PMR desenvolvido pela OCDE. Neste ponto, a LLE já ajudou a resolver alguns problemas indicados na conclusão da nota técnica brasileira realizada pela OCDE (lembrar que a produção do último indicador PMR é de janeiro de 2018 e a entrada em vigor da LLE é de setembro de 2019), como o problema de licenças para abrir negócios – por exemplo, o art. 3º, inciso I, da LLE que proíbe a necessidade de licenças para atividades econômicas de baixo risco – e a falta de análise de impacto regulatório – presente agora no art. 5º da LLE.

3. O ARTIGO 4º DA LLE, O ABUSO DE PODER REGULATÓRIO E BARREIRAS À ENTRADA

A LLE é uma norma inovadora no ordenamento jurídico brasileiro, tendo a possibilidade de realizar altos impactos no sistema econômico nacional. No art. 2º, ela nos traz os seus princípios gerais. No art. 3º, lista-nos os direitos de liberdade econômica. E é no seu capítulo III – “Das Garantias de Livre Iniciativa” – que ela nos apresenta o art. 4º, artigo em estudo deste trabalho, dispondo no seu caput que:

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 cum-

30 The PMR results for Brazil show that there is room for improving in several areas. The country would benefit from a review of its regulatory set-up in many sectors and domains to identify and remove unnecessary regulatory obstacles to competition. Nota técnica brasileira. Disponível em: <https://issuu.com/oecd.publishing/docs/brazil_country_note_-_final?fr=sMjZjMDkzNTk1MQ>. Acesso em: 07 nov. 2020.

31 “The process for opening up a new business is burdensome. Since there is no one-stop shop where all licenses and authorizations can be issued, four different bodies have to be contacted. In addition, there is no one-stop shop where all information on such licenses can be obtained”.

32 “The country lacks rules for the wide and transparent involvement of stakeholders in the process of developing new regulations. In addition, rules disciplining the interaction between lobbyists and public officials are very limited”.

33 “Brazil would benefit from paying greater attention to competition when designing and assessing new regulation. In particular, there is no obligation to perform a regulatory impact assessment”.

primento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: [...].

Após o *caput*, o artigo segue apresentando nove incisos exemplificativos de abusos de poder regulatório que devem ser evitados, como, a criação de reserva de mercado (inciso I), criação de barreiras à entrada (inciso II), exigência de especificações técnicas desarrazoadas (inciso III), entre outras medidas. De modo geral, do ponto de vista econômico, o artigo 4º da LLE pode ser compreendido como um impedimento a criação de barreiras à entrada injustificadas perante a livre-iniciativa, ou seja, a criação de freios e melhora de eficiência para a desgovernada regulação estatal brasileira – a exceção se as regras dispostas estiverem previstas em lei³⁴.

Com o intuito de se entender por completo o artigo 4º e o instituto do abuso de poder regulatório, faz-se necessário o estudo econômico das barreiras à entrada. Segundo Pindyck e Rubinfeld (2009, p. 369), as barreiras à entrada são condições que impedem a entrada de novos competidores³⁵. O Guia de Análise de AC Horizontal do Cade já nos traz uma definição um pouco mais aprimorada, citando exemplos de barreiras à entrada que o Cade costuma analisar em um processo de AC:

Barreiras à entrada podem ser definidas como qualquer fator em um mercado que coloque um potencial competidor em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos. Quanto mais elevadas as barreiras à entrada em um dado mercado, maiores são os custos financeiros e em termos de tempo que um potencial entrante deverá incorrer para que o capital investido seja adequadamente remunerado. Quanto mais elevadas são essas barreiras, menor é a probabilidade de entrada de novas empresas no mercado relevante definido. [...] Os seguintes fatores constituem as mais convencionais barreiras à entrada: os custos irrecuperáveis (sunk costs); as barreiras legais ou regulatórias; os recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas; as economias de escala e/ou de escopo; o grau de integração da cadeia produtiva; a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e a ameaça de reação dos competidores instalados (Cade, 2016, p. 27-28)³⁶.

Nota-se que as barreiras à entrada podem existir a partir de diferentes formatos. Por conta disso, Besanko e Braeutigam (2005, p.435) afirmam que há três espécies do gênero barreiras à entra-

34 “Se a reserva de mercado houver estabelecida em lei ou na própria Constituição Federal, não há que se falar em abuso de poder regulatório. Donde se conclui que o excesso de poder regulador apenas existe no plano infralegal” (Lochagin, 2020, p.274).

35 Uma outra definição encontrada em Besanko e Braeutigam (2005, p. 435) é: “(barreiras à entrada são) “factors that allow an incumbent firm to earn positive economic profits, while at the same time making it unprofitable for new firms to enter the industry”.

36 Complementando, Whish e Bailey (2018, p. 382) citam como exemplos de barreiras à entrada os custos irrecuperáveis, o acesso deficiente aos principais insumos e pontos de distribuição, regulação, economia de escala, efeitos de rede e comportamentos excludentes. Sobre regulação como uma barreira à entrada, os autores comentam que “for example a limitation on the number of undertakings licensed to operate on a Market, or standards that an incumbent is able to satisfy but that new entrants find it difficult to, can amount to a barrier to entry”. Neste sentido, Baye (2010, p. 282) cita patentes (na verdade, o Direito de Propriedade Industrial como um todo) e a regulação como barreiras à entrada legais.

da: (i) estrutural, (ii) legal e (iii) estratégica. A barreira estrutural é definida como barreiras à entrada que existem quando as empresas estabelecidas têm vantagens de custo ou de demanda que as tornariam pouco atraentes para a nova empresa entrar na indústria³⁷. Podemos citar, como exemplo, todos os mercados identificados como monopólios naturais³⁸ por razões de economias de escala, funções de custos (alto custo fixo) e demanda de mercado. Já as barreiras legais são definidas como “barreiras à entrada que existem quando uma empresa estabelecida é legalmente protegida contra a concorrência”³⁹. Direitos de Propriedade Intelectual e regulações estatais são exemplos de barreiras legais à entrada. E, por último, temos barreiras estratégicas, que são definidas como “barreiras à entrada que resultam quando uma empresa estabelecida toma medidas explícitas para impedir a entrada”⁴⁰. Podemos citar de exemplo a prática ilícita de preço predatório que objetiva a expulsão do mercado de uma empresa rival.

A partir dessa análise, reparamos que já há medidas de combates a barreiras à entrada, principalmente as barreiras da terceira espécie (barreiras estratégicas). O controle de condutas do Direito Concorrencial objetiva o combate de alguns tipos de condutas anticompetitivas que possam ser compreendidas como barreiras à entrada. Nesse sentido, o art. 4º da LLE vem colaborar com a LDC, também objetivando o combate a barreiras à entrada, porém, ao invés do combate a barreiras estruturais, o abuso de poder regulatório visa o combate a barreiras legais injustificadas – e não previstas em lei⁴¹.

Por fim, há de se ressaltar também que o artigo 4º ocasiona uma mudança no ônus da prova sobre a necessidade da regulação – exceto, mais uma vez, se ela for proveniente de lei. A partir desse dispositivo, em uma eventual contestação sobre a existência de uma regulação, são os reguladores os responsáveis por justificar a imposição da norma regulatória e, caso não seja justificada, concluir-se-ia pelo abuso de poder regulatório⁴².

4. O ART. 4º DA LLE COMO UMA EVOLUÇÃO DA ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA

37 “Barriers to entry that exist when incumbent firms have cost or demand advantages that would make it unattractive for a new firm to enter the industry” (Besanko e Braeutigam, 2005, p. 435).

38 Para uma explicação sobre monopólio natural, ver: Pindyck e Rubinfeld, 2009, p. 372; Besanko e Braeutigam, 2005 p. 434-435

39 “Barriers to entry that exist when an incumbent firm is legally protected against competition” (Besanko e Braeutigam, 2005, p. 436).

40 “Barriers to entry that result when an incumbent firm takes explicit steps to deter entry” (Besanko e Braeutigam, 2005, p. 436).

41 No mesmo sentido: “A LLE foi edificada [...], exatamente, para, nesse ponto, complementar a LDC (Lei de Defesa da Concorrência – Lei nº 12.529/11) e permitir que não apenas atos decorrentes dos agentes privados contrários à ordem econômica sejam passíveis de tutela, mas também aqueles atos de origem estatal que, de alguma forma, criem obstáculos à liberdade de acesso aos mercados ou à liberdade de empreender (descritos no art. 1º, § 1º, da LLE)” (Domingues e Silva, 2020, p. 4).

42 Klein (2020, p. 296-297), neste sentido, aponta que: “Neste contexto, o abuso de poder regulatório pode ser visto como um instrumento para fazer com que o ônus argumentativo seja alterado e suportado pelo regulador e a edição de normas regulatórias tenha que ser exaustivamente justificada e na ausência desta justificativa a norma pode ser vista como abusiva, salvo se tratar-se e nos limites da execução das disposições legais”.

Não há como se falar sobre abuso de poder regulatório sem estudarmos um pouco sobre a advocacia da concorrência, pois a solução para os casos desses abusos certamente passará por ela. Conforme o art. 19º da LDC, compete a SEAE⁴³ a promoção da cultura da concorrência⁴⁴. Com a existência de barreiras regulatórias, o Cade se posiciona num papel mais passivo na aplicação das sanções do Direito Concorrencial. Isto é, há uma diferença de tratamento entre mercados regulados e mercados não regulados. É dentro dos mercados regulados que a ação da advocacia da concorrência ganha um papel mais relevante.

Para se entender os objetivos, os impactos e a importância que a advocacia da concorrência apresenta sobre a edição de normas regulatórias, Clark (2005) cita dois tipos de autonomia que a advocacia da concorrência necessita ter para ser efetiva: a autonomia estrutural e a autonomia operacional. Enquanto a autonomia estrutural se direciona para o aspecto da independência e a forma de estrutura organizacional em que acontece a advocacia da concorrência, a autonomia operacional se direciona para a forma de atuação da advocacia da concorrência. Dessa forma,

independência operacional, no contexto da advocacia da concorrência, refere-se tanto à liberdade que a agência tem para fazer comentários e para participar em questões governamentais e regulatórias, quanto para, no curso dessas atividades, assumir posições independentes daquelas adotadas por outros entes públicos e privados. A importância da independência operacional foi destacada em um abrangente relatório sobre a advocacia da concorrência da Rede Internacional da Concorrência, no qual se baseou em uma pesquisa com 50 países-membros da ICN. O relatório conclui que a independência operacional pode ser elevada por leis que autorizem especificamente a agência de defesa da concorrência, ou até mesmo a exijam, de realizar comentários sobre a legislação ou regulação sendo proposta. Por outro lado, a agência está em desvantagem nas situações em que ela somente pode comentar ou participar de discussões caso tenha sido convidada ou autorizada por outra entidade governamental⁴⁵ (Clark, 2005, p. 71).

Desse ponto de vista, o art. 4º da LLE pode ser visto como uma evolução para a advocacia da concorrência, uma vez que apresenta a possibilidade de um aumento de *enforcement* se compa-

43 A SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) foi extinta em 2015, passando sua competência para a Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade e, mais especificamente, para a sua subsecretaria denominada de Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade.

44 Neste sentido: “A advocacia da concorrência pode ser exercida por pessoa física jurídica; pública, ou privada. No setor público, deve ser obrigatoriamente exercida pela Seae, tanto junto ao setor público, quanto junto ao setor privado, nos termos do art. 19 da Nova Lei Antitruste Brasileira, sempre que determinadas condições (presentes nos incisos desse dispositivo) forem preenchidas” (Taufick, 2017, p. 156).

45 *Operational Independence, in the context of competition advocacy, refers both to the freedom that the agency has to make comments and otherwise to participate in government and regulatory matters, and, in the course of those activities, to take positions that are independent of those held by others in the public and private sectors. The importance of operational independence was highlighted in a comprehensive report on competition advocacy by the International Competition Network, which was based on a survey of 50 ICN member countries. The report found that operational independence can be bolstered by laws that specifically authorize the competition agency, even require it, to comment on legislation or regulation that is being proposed. Conversely, the agency is at a disadvantage in situations where it can comment or participate in a matter only if invited or authorized to do so by another government entity.*

rado às disposições iniciais dos incisos do artigo 19 da LDC. Contudo a LLE não nos traz as formas de operacionalização do *enforcement* do art. 4º, ocasionando muitas dúvidas sobre quem seriam os responsáveis por deter abusos de poder regulatório, qual seria a forma processual de combate aos abusos, como poderíamos adequar os incisos do artigo 4º para as situações reais, como seriam as justificativas racionais a serem aceitas como forma de defesa dos reguladores perante a suspeita de abuso, entre outras questões em aberto. Em virtude dessa falta de operacionalização e sem permitir que esse artigo vire mais uma disposição legal brasileira sem aplicabilidade, a SEAE instituiu a Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial (FIARC).

Dessa forma, no dia 2 de outubro de 2020, a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade editou a Instrução Normativa SEAE nº 97 que estabeleceu a criação do programa FIARC, operacionalizando o modo de enfrentamento das possíveis normas regulatórias capazes de serem identificadas como abusos de poder regulatório. O campo de atuação da Secretaria está descrito no artigo 1º e seus nove incisos da Instrução. De modo geral, a Secretaria visa o diálogo entre o regulador e o regulado lesado com a suposta regulação abusiva, com o intuito de achar uma solução para a regulação em destaque para, ao mesmo tempo, não ser anticompetitiva com o player do mercado e passível de corrigir a falha de mercado que ela origina consertar. Um ponto que merece ser destacado e valorizado é que, do modo estabelecido pela Instrução, não há a judicialização inicial da regulação abusiva, ou seja, o FIARC não incentiva o litígio entre regulado e regulador, respeitando a competência da regulação da Administração Pública que tem como um dos objetivos salvaguardar o bom funcionamento dos mercados – ponto esse extremamente controverso, uma vez que a doutrina apresentava um certo teor negativo sobre uma possível judicialização em massa de regulações que fossem negativas para as empresas, mas justificadas racionalmente pelos reguladores (Campilongo, 2020, p. 7; Bercovici, 2020, p. 6).

A disputa judicial, de fato, não se apresentaria como a primeira melhor solução para a resolução de regulações abusivas, visto que ela apenas causaria incertezas jurídicas e institucionais sobre o papel e poder dos reguladores. O diálogo entre regulador e regulado aparenta ser a melhor a melhor solução para uma norma entendida como abusiva. Lembrar que, diante de situações com baixos custos de transação e a possibilidade de negociação, o Teorema de Coase nos afirma que a resolução conjunta da controvérsia através da negociação privada *inter partes* é uma melhor solução (solução Pareto ótima) se comparada à imposição de uma solução por um terceiro imparcial – o juiz, por exemplo – independentemente da alocação inicial de direito de propriedade (Cooter e Ulen, 2010, p. 102-103). Claramente, não se deve utilizar puramente o Teorema de Coase nesses casos, visto que não se trata de uma disputa de propriedade e de responsabilidade civil – proposições iniciais do Teorema. Todavia, a resposta final do Teorema (que a negociação privada tende a ser uma melhor solução do que a solução imposta por um terceiro imparcial) parece ser a mesma melhor solução nos casos de abuso de poder regulatório – a negociação entre regulador e regulado sobre a melhor formulação possível da regulação – do que a imposição de uma decisão final por um juiz que certamente não deterá os conhecimentos técnicos e específicos o suficiente para tomar a melhor decisão para o caso. Por fim, isto não impede que disputas judiciais sejam travadas entre regulador e regulados, mas a criação de um ambiente institucional a partir das ideias de resolução conjunta de controvérsias com o objetivo de solucionar um possível abuso por parte do regulador aparenta ser um ótimo ponto de início para a efetivação do artigo 4º da LLE.

Ademais, com o intuito de pormenorizar e esclarecer os incisos do artigo 4º da LLE, a Instru-

ção nº 97, nos artigos 4º até 12º, explica quais são as situações nas quais se entende haver um abuso de poder regulatório. Portanto, por exemplo, se um regulado acredita que uma norma infralegal cria uma reserva de mercado (situação proibida pelo inciso I do art. 4º da LLE), o regulado tem o dever de provar que essa norma cause, ao menos, uma situação descrita em alguns dos incisos I até VI do art. 4º da Instrução Normativa nº 97 – visto que o art. 4º da IN nº 97 enumera os casos de reserva de mercado do art. 4º, I da LLE.

Em relação ao procedimento, ele está descrito a partir do art. 13 da Instrução. Em suma, a pessoa física ou jurídica descontenta com uma regulação irá acionar a Secretaria, demonstrando qual norma e porque motivo ela é entendida como abusiva, e o órgão regulador terá um período para apresentar a defesa e justificativa de existência dessa norma (confirmando a mudança de ônus da prova do regulado para o regulador). Após, a própria Secretaria terá o poder de aceitar o caso e iniciar uma análise investigativa ou, entendendo não haver nenhum abuso regulatório, arquivar o caso.

Sendo aceito o caso, haverá um amplo debate entre órgãos reguladores, pessoas reguladas e demais órgãos, associações e entidades interessados, tendo a Secretaria como mediadora do debate. Ao final do procedimento, conforme o artigo 18, a Coordenação-Geral do procedimento elaborará um parecer contendo três possíveis respostas: em casos graves de caráter anticompetitivo da norma, identificará a regulação como “bandeira vermelha”, propondo uma alteração do dispositivo; em casos médios, identificará como “bandeira amarela”, propondo um aperfeiçoamento dos pontos anticompetitivos; e em caso de não reconhecer o caráter anticompetitivo, identificará como “bandeira verde”, não havendo a proposição de alteração da regulação. Por último, nos casos graves, o § 3º do art. 18⁴⁶ traz a possibilidade deste parecer ser remetido aos órgãos competentes que, entendendo haver o instituto do abuso do poder regulatório, poderão iniciar um procedimento judicial com base na desavença entre a regulação e o art. 4º da LLE.

A boa institucionalização do FIARC seria capaz de solucionar, por exemplo, um dos casos mais célebres da jurisprudência do Cade, que trata diretamente sobre essa relação conflitante entre normas regulatórias e a legislação antitruste brasileira: o caso *Terminal Handling Charge 2* ou THC2⁴⁷. O caso THC2 é um caso antigo, tanto no Cae quanto no Poder Judiciário, que lida com a cobrança de uma taxa denominada de SSE (Serviço de Segregação e Entrega de contêineres) no mercado portuário brasileiro. Além da discussão concorrencial sobre a taxa ser entendida como um aumento artificial de custo de rival e, por conseguinte, ter efeitos nocivos à concorrência, devendo ser vista como uma infração à ordem econômica conforme o art. 36 da LDC, há uma discussão ainda maior sobre a legitimidade ou não da cobrança da taxa a partir das diversas regulações existentes.

O caso THC2 apresenta um alto grau de complexidade regulatória primeiramente porque há diversos órgãos capazes de criar normas regulatórias sobre esse setor, o que demonstra que o mer-

46 Do parecer resultante. Art. 18. Finalizada a análise, a Coordenação-Geral elaborará, em até 120 (cento e vinte) dias, parecer acerca do mérito do requerimento e gradará as conclusões através de sistema de bandeiras, na forma de: [...] §3º Após a elaboração do parecer, o Subsecretário de Advocacia da Concorrência oficialará, caso verificados potenciais pontos de explícita contradição entre o ato normativo e o rol do art. 4º da Lei nº 13.874, os órgãos competentes e suas respectivas procuradorias jurídicas, bem como a Advocacia-Geral da União, a fim de que prossigam com análises de legalidade e juridicidade consoante suas competências.

47 Para uma visualização completa de todos os pontos discutidos sobre o caso THC2, consultar os Processos Administrativos julgados pelo Cade: PA nº 08012.007443/1999-17; PA nº 08012.003824/2002-84; PA nº 08012.001518/2006-37; PA nº 080700.005499/2015-51; entre outros processos sobre o mesmo litígio.

cado portuário brasileiro é altamente regulado. Ainda que a ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários) seja a agência regulatória no ponto mais alto da hierarquia, há também autoridades menores sobre os mais diversos portos brasileiros, como a CODESP (Companhia Docas do Estado de São Paulo) do porto de Santos e a SUPRG (Superintendência do Porto de Rio Grande) do porto de Rio Grande. Essas autoridades também são capazes de editar normas regulatórias específicas para o porto que elas têm competência, ocasionando, em alguns momentos, conflitos de normas sobre a prática de algumas ações, como a cobrança da taxa SSE. Ademais, há decisões administrativas do Cade e decisões judiciais de diversos tribunais do Poder Judiciário, acarretando em altíssimo nível de insegurança jurídica sobre a possibilidade da cobrança da taxa.

Do ponto de vista da jurisprudência do Cade, prevalecia o entendimento da condenação das empresas operadores portuárias que cobravam a SSE dos recintos alfandegados (Processos Administrativos nº 08012.007443/1999-17; nº 08012.003824/2002-84; nº 08012.001518/2006-37), pois, ainda que houvesse discussão sobre a licitude concorrencial da prática, não havia norma regulatória específica esclarecendo a possibilidade de cobrança. Todavia, em agosto de 2019, a ANTAQ editou a resolução nº 34/2019⁴⁸, dispondo no seu art. 6º, §1º que “é permitida a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega de contêineres – SSE, perante o importador ou seu representante, pela colocação na pilha em pátio segregado”⁴⁹. A partir dessa resolução, a Superintendência-Geral do Cade modificou seu entendimento sobre o THC2, emitindo a Nota Técnica nº 7/2020/CGAA3/SGA1/SG/Cade no PA nº 08700.005499/2015-51. A Nota entende que, a partir da edição da resolução nº 34/2019 da ANTAQ, o vácuo regulatório desaparece, suprimindo a lacuna sobre a sua possibilidade de cobrança. Dessa forma, a agência regulatória competente para decidir sobre esse mercado compreendeu ser possível e lícita a sua existência – não sendo o Cade capaz de se contrapor a uma norma regulatória específica sobre um determinado mercado. Por fim, a SG recomendou o arquivamento do caso em relação à cobrança das taxas ocorridas após a publicação da resolução e a condenação pela cobrança das taxas ocorridas antes da resolução, demonstrando haver uma clara divisão a partir da edição da resolução nº 34/2019 e o fim do vácuo regulatório sobre essa matéria.

A resolução que pôs um fim sobre a discussão da possibilidade de cobrança do THC2 é de 2019, enquanto o primeiro caso do Cade data de 1999. Isto é, passados vinte anos até haver uma regulação final decidindo sobre sua licitude. Muitos custos e ineficiências com discussões jurídicas infindáveis foram criados por normas regulatórias, decisões administrativas e judiciais contraditórias. Esse caso nos demonstra na prática a infeliz situação apresentada pelos dados do PMR, esperando que o FIARC seja capaz de resolver problemas regulatórios como o caso do THC2.

Portanto, conclui-se essa seção enaltecendo a criação do FIARC, posto que ele concretiza o *enforcement* do impedimento de normas regulatórias entendidas como abusivas, enquanto não cria um ambiente litigioso entre reguladores e regulados. Dessa forma, se bem implementado, a SEAE evoluirá a advocacia da concorrência brasileira, sendo capaz de propor melhorias aos ambientes regulados no Brasil.

48 Essa resolução trata diretamente da THC2, permitindo a cobrança da taxa pelos operadores portuários, contudo apresentando a ressalva de que, sendo constatado o abuso na cobrança do preço, a ANTAQ irá intervir na cobrança, podendo estabelecer o preço máximo a ser cobrado (sendo caracterizada como um exemplo de autorregulação assistida pela agência reguladora).

49 Resolução Normativa nº 34, de 19 de agosto de 2019 da ANTAQ. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-normativa-n-34-de-19-de-agosto-de-2019-211683225>>. Acesso em: 06 de nov. 2020.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do artigo 4º da LLE e da criação do instituto jurídico do abuso do poder regulatório, a Administração Pública e todos os demais destinatários da norma deverão apresentar justificativas racionais para a existência das suas regulações com o objetivo de minimizar as falhas de governo das normas regulatórias brasileiras que, conforme o indicador PMR, são identificadas como uma das piores regulações do mundo. Isto não implica que o Estado brasileiro esteja proibido de regular – muito pelo contrário, ele tem o dever de regular e corrigir as falhas de mercado –, implica-se apenas que a regulação deva ser justificada em termos racionais para a sua existência ou que, ao menos, ela seja fruto de norma legal.

Dessa forma, a criação desse instituto jurídico ocasionará o aumento de eficiência da regulação brasileira e impedirá que barreiras à entrada travestidas de normas regulatórias sejam feitas no Brasil, concretizando o artigo 37 da CF⁵⁰ que dispõe que um dos princípios que a Administração Pública brasileira seguirá é o princípio da eficiência. Princípio esse que parece ter sido esquecido pelo regulador brasileiro, porém vindo à tona com Lei de Liberdade Econômica.

6. REFERÊNCIAS

BARCELOS, Guilherme Bier; SCALCO, Gabriela Barcellos. Comentários ao art. 4º, VII. In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica: comentários à Lei 13.874/2019**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

BAYE, Michael R. **Economia de Empresas e Estratégias de Negócios**. 6. ed. Porto Alegre: AMGH, 2010.

BERCOVIC, Gilberto. As inconstitucionalidades da “Lei da Liberdade Econômica” (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019). In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, edição ebook Thomson Reuters Proview.

BESANKO, David. BRAEUTIGAM, Ronald R. **Microeconomics**. 2. ed. Hoboken: John Wiley & Sons Inc., 2005.

BÓ, Ernesto dal. *Regulatory capture: a review*. **Oxford Review of Economic Policy**. vol. 22, n. 2, 2006. pp. 203-225.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. **Diário Oficial da União**. 1º de dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. **Diário Oficial da União**. 20 de set. 2019 (edição extra-B).

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para Análises de Atos de Concentração**

50 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 e, também, ao seguinte: [...]

Horizontal. Julho de 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-guia-de-ac-horizontal.pdf/view . Acesso em: 8 nov. 2020.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Lei de Liberdade Econômica, Concorrência e Abuso de Poder Regulatório. *In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, edição ebook Thomson Reuters Proview.*

CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo. Comentários ao art. 4º, caput. *In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). Declaração de Direitos de Liberdade Econômica: comentários à Lei 13.874/2019.* Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

CLARK, John. *Competition Advocacy: challenges for developing countries.* **OECD Journal: competition law and policy.** v. 6, n. 4, 2005. p. 69-80. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/competition-advocacy_clp-v6-art10-en. Acesso em: 8 nov. 2020.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia.** 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COUTINHO, Diogo R. A mão invisível e a faca no pescoço: considerações críticas sobre o “abuso de poder regulatório” na Lei 13.874/2019. *In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, edição ebook Thomson Reuters Proview.*

DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz P. Lei da Liberdade Econômica e a defesa da concorrência. *In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, edição ebook Thomson Reuters Proview.*

FERNANDES, Andressa Guimarães Torquato. Comentários ao art. 4º, inciso IX. *In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica:** comentários à Lei 13.874/2019.* Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

GABAN, Eduardo Molan.; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Comentários ao capítulo III: das garantias de livre iniciativa. *In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica:** comentários à Lei 13.874/2019.* Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

GRAND, Julianle. The theory of government failure. **British Journal of Political Science.** v. 21, n. 4, out. 1991. p. 423-442.

KLEIN, Aline Lícia. Atos de liberação da atividade econômica privada e aspectos federativos. *In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020a, edição ebook Thomson Reuters Proview.*

KLEIN, Vinícius. Comentários ao art. 4º, inciso III. *In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica:** comentários à Lei 13.874/2019.* Salvador: Editora Jus Podivm, 2020b.

LOCHAGIN, Gabriel. Comentários ao art. 4º, inciso I. *In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica:** comentários à Lei*

13.874/2019. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Comentários ao art. 4º, inciso II: enunciados que impeçam a entrada de novos competidores no mercado. In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica**: comentários à Lei 13.874/2019. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020a.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Comentários ao art. 4º, inciso IV: enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias. In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica**: comentários à Lei 13.874/2019. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020b.

MCKEAN, Roland N. The unseen hand in government. **American Economic Review**. v. 55, n. 3, jun. 1965. p. 496-506.

MENDONÇA, José Vicente Santos. Art.4º: requisitos para regulação pública. In: MARQUES NETO, Flávio Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coord.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. SECRETARIA ESPECIAL DE PRODUTIVIDADE, EMPREGO E COMPETITIVIDADE. SECRETARIA DE ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA E COMPETITIVIDADE. Instrução Normativa SEAE nº 97, de 2 de outubro de 2020. Estabelece o programa Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial e dá outras providências. Diário Oficial da União. 05 de out. 2020.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomics**. 7. ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2009.

PINTO JUNIOR, Helder Queiroz; FIANI, Ronaldo. Regulação Econômica. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (org.) **Economia Industrial**: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

STIGLER, George J. *The theory of economic regulation*. **The Bell Journal of Economics and Management Science**. v. 2, n. 1, 1971. p. 3-21.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira**: avaliação crítica, jurisprudência doutrina e estudo comparado. São Paulo: Almedina, 2017.

TIMM, Luciano Benetti; MARQUES, Leonardo Albuquerque. Comentários ao art. 4º, inciso V. In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan (org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica**: comentários à Lei 13.874/2019. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

WILLIAMS JR., Ernest W.; COASE, Ronald H. The regulated industries: discussion. **American Economic Review**. v. 54, n. 3, mai. 1964. p. 192-197.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

WOLF JR., Charles. A theory of nonmarket failure: framework for implementation analysis. **The Journal of Law & Economics**. v. 22, n. 1, abr. 1979. p. 107-139.

2

A EFETIVIDADE DA COLABORAÇÃO E O RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE

The effectiveness of collaboration and the useful result of the process in antitrust leniency agreements

Waldir Alves¹

Natalie Giacomazzi Viccari²

RESUMO

O artigo aborda questões relacionadas ao relevante papel exercido pelo Tribunal Administrativo do Cade no controle formal e material dos acordos de leniência antitruste, tendo como base o conteúdo da efetividade da colaboração e o resultado útil do processo. Parte da definição de acordo de leniência, identifica suas fases e pontua as características do Programa de Leniência Antitruste do Cade. Aponta que a perspectiva de um programa de leniência calcado na justa concessão dos benefícios premiais pelo Estado está condicionada ao adimplemento de obrigações assumidas pelo signatário, sem, contudo, descuidar-se dos resultados legais indicados pela norma, tendo como centro a ideia de eficácia e utilidade da colaboração, a partir de critérios legais objetivos. Nesse cenário, é traçado um paralelo com o acordo de colaboração premiada, cuja experiência brasileira está avançada no Judiciário, inclusive nas Instâncias Superiores. Aborda a competência exclusiva do Tribunal Administrativo do Cade na análise da declaração de cumprimento ou de descumprimento dos acordos de leniência e o controle de sua eficácia. Por fim, analisa as consequências e os efeitos do descumprimento de acordo de leniência por parte do signatário no caso de ausência de cooperação e menciona importantes julgados proferidos pelo Tribunal Administrativo do Cade.

Palavras-chave: acordo de leniência; antitruste; colaboração; efetividade; descumprimento; controle de eficácia; Tribunal Administrativo do Cade.

1 Procurador Regional da República. Representante Titular do Ministério Público Federal – MPF junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Membro Suplente da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Ordem Econômica e Consumidor). Doutor em Direito do Estado e Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Especialista em Direito Tributário pela Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU. E-mail: alveswaldir@hotmail.com

2 Analista Jurídica Concursada do Ministério Público Federal. Assessora Jurídica do Representante Titular do Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – MPF/Cade. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Pós-graduanda em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. E-mail: natalie.giacomazzi@gmail.com

ABSTRACT

The article addresses issues related to the relevant role played by CADE's Administrative Court in the formal and material control of antitrust leniency agreements, based on the content of the effectiveness of the collaboration and the useful result of the process. Part of the definition of a leniency agreement, it identifies its phases and points out the characteristics of CADE's Antitrust Leniency Program. It points out that the perspective of a leniency program based on the fair granting of premium benefits by the State is conditioned to the fulfillment of obligations assumed by the signatory, without, however, neglecting the legal results indicated by the standard, having as its center the idea of effectiveness and usefulness of collaboration, based on objective legal criteria. In this scenario, a parallel is drawn with the award-winning collaboration agreement, whose Brazilian experience is advanced in the Judiciary, including the Superior Courts. It addresses the exclusive competence of the Administrative Court of CADE in analyzing the declaration of compliance or non-compliance with leniency agreements and the control of their effectiveness. Finally, it analyzes the consequences and effects of non-compliance with the leniency agreement by the signatory in the event of lack of cooperation and mentions important judgments handed down by the Administrative Court of CADE.

Keywords: leniency agreement; antitrust; collaboration; effectiveness; non-compliance; effectiveness control; CADE Administrative Court.

Classificação JEL: K21 e L40

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. Aspectos formais do acordo de leniência antitruste; 3. A efetividade da ação colaborativa; 4. O resultado útil do processo; 5. Breve paralelo com a esfera penal; 6. O Tribunal Administrativo do Cade e o controle de eficácia do acordo de leniência antitruste; 7. Descumprimento do acordo de leniência antitruste e as consequências advindas; 8. Casuística; 9. Considerações finais; 10. Referência bibliográfica.

1. INTRODUÇÃO

Os sofisticados e complexos ilícitos, principalmente as novas modalidades de arranjos colusivos, aliados às dificuldades operacionais das autoridades na detecção, investigação e punição célere e eficaz dos agentes infratores são algumas das razões para a crescente utilização de mecanismos pró-consensuais pelo Estado.

Seguindo as tendências e compromissos internacionais, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) incorporou técnicas especiais de investigação e mecanismos de consensualidade para resolver conflitos de interesses entre a Administração e os agentes infratores.

O acordo de leniência foi introduzido justamente como um dos mecanismos de otimização da efetividade estatal na repressão de ilícitos, na coleta de informações e documentos a partir dos próprios autores da infração, abreviando investigações de casos complexos e de difícil detecção, além de oportunizar ao infrator que tenha se arrependido do ilícito praticado, possa confessar seu envolvimento e com isso ter excluída ou diminuída sua punição em virtude da contribuição para as investigações e a cessação das condutas anticoncorrenciais.

O Programa de Leniência Antitruste do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) foi incluído na ordem jurídica no ano 2000, por intermédio de emenda à Lei nº 8.884/1994 (BRASIL, 1994) e, atualmente, está previsto nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011³ (Lei de Defesa da Concorrência, ou LDC) (BRASIL, 2011) e Seção IV, artigos 197 a 211 do Regimento Interno do Cade (RICADE, BRASIL, 2020)⁴. Além das citadas normas, a negociação e a celebração do acordo de leniência antitruste também são orientadas pelo Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade, importante documento que consolida as melhores práticas e procedimentos adotados para negociação de acordos de leniência antitruste no Cade, e pelo recente Guia de Recomendações Probatórias para Propostas de Acordo de Leniência com o Cade, consolidado em setembro de 2021.

Considerado um dos principais instrumentos de repressão às infrações contra a Ordem Econômica no País e no mundo, em 2020 o Programa completou vinte anos. A formalização do primeiro acordo de leniência no Brasil ocorreu em 2003, no processo que investigou um cartel em licitações para serviço de vigilância privada realizada no Rio Grande do Sul. Desde então, mais de uma centena de acordos dessa natureza já foram assinados pela autoridade de defesa da concorrência brasileira.

Muito já se falou e ainda se fala sobre a declaração de cumprimento dos acordos de leniência pelo Tribunal do Cade. Alguns temas, todavia, ainda são pouco explorados e debatidos na doutrina, mas que, a despeito disto, não podem deixar de merecer a devida consideração. Questões relativas à realização de um controle de eficácia dos acordos de leniência pelo Tribunal Administrativo a partir da análise da efetividade da colaboração, baseada em critérios objetivos, do resultado útil do processo baseado em dados concretos, interessam sobremaneira ao Estado, na medida em que o Programa de Leniência objetiva que seja alcançado o melhor resultado para a resolução dos conflitos, além de evitar o desperdício de recursos públicos e privados.

Sob esse viés, analisa-se os três temas acima mencionados: (i) critérios objetivos para verificar a efetividade da colaboração; (ii) critérios objetivos para se alcançar o resultado útil do processo; e (iii) descumprimento do acordo de leniência por parte de seus signatários, diante da ausência de cooperação, e as consequências legais e materiais advindas dessa ocorrência. Destaca-se, além disto, que o Tribunal do Cade, por meio de suas decisões de declaração de cumprimento ou descumprimento dos acordos de leniência, realiza um verdadeiro controle de eficácia destes, tanto sob o aspecto formal do programa como, principalmente, sob o enfoque material de seus resultados, a evidenciar a importância dessas decisões.

2. ASPECTOS FORMAIS DO ACORDO DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE

O Programa de Leniência Antitruste se constitui essencialmente de um conjunto de iniciativas direcionadas a detectar, investigar e punir infrações contra a Ordem Econômica, sendo um importan-

3 A Lei nº 12.529/2011 trouxe modificações no Programa de Leniência Antitruste: alteração da autoridade competente para celebrar o acordo; o fim do impedimento para que o líder do cartel seja Proponente do acordo; e a ampliação dos ilícitos penais cobertos pela imunidade concedida ao signatário.

4 Aprovado pela Resolução nº 22, de 19 de junho de 2019, e atualizado pela Emenda Regimental nº 01/2020, de 2 de abril de 2020.

te pilar da política de combate a condutas anticoncorrenciais, notadamente, os cartéis⁵, que constituem a mais grave espécie de ofensa à Ordem Econômica.

Considerando a sofisticação e complexidade que as relações podem assumir, em geral “não é fácil provar a existência de um cartel, de um acordo não escrito entre agentes econômicos, ainda mais se considerarmos que o comportamento paralelo pode decorrer das próprias características do mercado” (FORGIONI, 2016, p. 157).

Para além desse fato, que sinaliza a dificuldade da comprovação do conluio, os cartéis possuem relação direta com os grandes esquemas de corrupção, *ex vi* o famoso cartel formado pelas maiores empreiteiras do País, envolvidas em crimes financeiros, econômicos e tributários, corrupção, lavagem de dinheiro e infrações da Lei Anticorrupção, revelados no âmbito da “Operação Lavajato”, ensejando a atraente manutenção de um sistema que se retroalimenta e não tem interesse no seu desmantelamento.

A frequente utilização do acordo de leniência no antitruste está calcada nas dificuldades operacionais da autoridade para exercer com efetividade suas funções punitivas, aos modernos e complexos ilícitos concertados, e aos efeitos não apenas repressivos, mas, também, preventivos da leniência (MARRARA, 2020, p. 90).

Outrossim, a cooperação instrutória dos signatários do acordo facilita a produção de provas de elevada complexidade e custo, sendo, portanto, um verdadeiro meio de promoção da celeridade na apuração de infrações contra a Ordem Econômica.

Se analisado sob uma perspectiva linear, o acordo de leniência é composto por diferentes fases e etapas. Na esfera antitruste, pode-se dizer que o acordo se fragmenta nas fases de (a) proposta, (b) negociação, (c) celebração, (d) execução e (e) extinção.

Cada uma dessas etapas envolve diferentes requisitos e análises de prospecção, sendo crucial que o programa tenha regras claras e transparentes, especialmente sobre a confidencialidade (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 329).

Sinteticamente, a fase de proposta envolve o pedido de *marker*, que é o ato de iniciativa do proponente do acordo de leniência de entrar em contato com a Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade), a fim de comunicar o seu interesse em propor um acordo de leniência em relação a um determinado ilícito concorrencial e, assim, garantir que seja o primeiro proponente em relação ao ilícito. É uma espécie de “corrida” entre os participantes da infração para contatar a autoridade antitruste e reportar o ilícito.

A segunda fase, de negociação, envolve a apresentação de informações e documentos sobre a infração anticompetitiva noticiada, para que passe por análise técnica da Chefia de Gabinete da SG/Cade. Os tipos de documentos comumente recebidos pela Superintendência-Geral do Cade⁶ para

5 O cartel pode ser conceituado como “o acordo, explícito ou implícito, entre concorrentes que atuem no mesmo mercado para obter vantagens competitivas, entre elas e principalmente, fixar preços ou quotas de produção, divisão de clientes e mercados de atuação, e neutralizar a concorrência.” (FRANCESCHINI; BAGNOLI, 2018, p. 501).

6 Pergunta 48 do Guia do Programa de Leniência do Cade: “Normalmente, quais são os documentos que devem ser apresentados pelo proponente do Acordo de Leniência?” (Cade, Guia: Programa de Leniência Antitruste do Cade. 2016. Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia>. Acesso em 17.3.2021).

comprovação da conduta anticoncorrencial coletiva noticiada ou sob investigação, são os seguintes: (i) a troca de e-mails entre os concorrentes; (ii) a troca de e-mails entre pessoas da mesma empresa, relatando os ajustes entre concorrentes; (iii) troca de correspondências entre concorrentes; (iv) troca de correspondências entre pessoas da mesma empresa, relatando ajustes entre concorrentes; (v) troca de mensagens de texto e/ou voz eletrônicas (SMS, WhatsApp, Skype etc.); (vi) agendas, anotações manuscritas, cadernos; (vii) gravações; (viii) tabelas e planilhas Excel; (ix) comprovantes de reuniões (atas, compromisso de Outlook, agendamento de salas, reservas de hotéis, extrato de cartão de crédito, comprovantes de viagens etc.); (x) extratos telefônicos; (xi) cartões de visita de concorrentes; (xii) editais e atas de julgamento de certames etc.

Com base nas informações e documentos a serem entregues pelos proponentes é elaborado pela SG/Cade o “Histórico da Conduta”⁷, que contém a descrição detalhada da conduta anticompetitiva. Também podem ser realizadas entrevistas com as pessoas físicas proponentes do acordo de leniência, a fim de obter mais informações e detalhes sobre os documentos apresentados e dos fatos reportados ao Cade. Não sendo apresentados documentos minimamente aptos a comprovar a infração relatada, poderá ser rejeitada a proposta de acordo de leniência pela SG/Cade, cuja avaliação será realizada caso a caso.

A terceira fase envolve a celebração do acordo, os trâmites para a formalização e sua assinatura. Nesta fase, a SG/Cade também inicia o contato com o(s) Ministério(s) Público(s) para apresentação do acordo de leniência. Importante ressaltar que em todas essas etapas há total confidencialidade, sendo tanto uma garantia quanto um dever do proponente, sob pena de prejudicar o bom andamento das investigações (artigo 86, § 9º, da Lei nº 12.529/2011) (BRASIL, 2011) e enfraquecer o Programa de Leniência Antitruste.

A Lei nº 12.529/2011 não prevê expressamente a participação do Ministério Público na celebração dos acordos de leniência. No entanto, o fato de tal instrumento poder acarretar imunidade penal relativamente aos crimes praticados contra a Ordem Econômica (artigo 4º da Lei nº 8.137/1990), sendo o Ministério Público o titular privativo da ação penal pública, fez com que o Cade viabilizasse a participação do Parquet como agente interveniente no acordo. O Ministério Público que tem atuado nesta fase é aquele com atribuição para a matéria, podendo ser tanto o Ministério Público Estadual como o Ministério Público Federal⁸. Saliente-se que o Representante do Ministério Público Federal

7 Pergunta 52 do Guia do Programa de Leniência do Cade: O Histórico da Conduta é um documento elaborado pela Superintendência-Geral do Cade que contém a descrição detalhada da conduta anticompetitiva, conforme entendimento da SG/Cade, com base nas informações e nos documentos apresentados pelo proponente do acordo de leniência (vide perguntas 46 e 47). Trata-se de documento elaborado e assinado pela SG/Cade, o qual não é assinado pelo proponente do acordo de leniência ou por seus advogados. (Cade, Guia: Programa de Leniência Antitruste do Cade. 2016. Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia>. Acesso em 17.3.2021).

8 Como escreve Lafayette Josué Petter, o “membro do MPF pode, com total independência, promover a responsabilização a quem de direito, perante o Poder Judiciário, inclusive demandando contra as autoridades integrantes do Cade” (PETTER, 2009, p. 226)

junto ao Cade⁹ ordinariamente não participa desse procedimento, tendo participação excepcional, situação que não impede seja aperfeiçoado o sistema, institucionalizando essa participação (LIMA, 2018, p. 19).

Após a celebração do acordo de leniência, inicia-se a fase da execução, na qual o proponente passa a ser denominado “signatário” do acordo de leniência. A partir desse momento o Cade poderá instaurar Inquérito Administrativo para apurar a infração noticiada no acordo de leniência, bem como realizar outras medidas de investigação do caso trazido ao seu conhecimento, como, por exemplo, a realização de busca e apreensão e/ou inspeção, requisição de informações e procedimentos de inteligência.

O artigo 207, § 1º, inciso VIII, do RICADE¹⁰, enumera as obrigações dos signatários do acordo de leniência, entre os quais o dever de mesmo após a assinatura do acordo de leniência, reportar à Superintendência-Geral do Cade novas informações e documentos referentes à infração noticiada, e portar-se com honestidade, lealdade e boa-fé.

Concluído o Inquérito Administrativo, comprovada suficientemente a infração noticiada no acordo de leniência, será instaurado o Processo Administrativo sancionatório pela SG/Cade, a fim de impor as sanções administrativas por infração à Ordem Econômica, ou no caso de não comprovação da infração, propor o seu arquivamento. Pode-se afirmar que apenas cessa o dever de cooperação do signatário com a autoridade após o julgamento de eventual Processo Administrativo pelo Tribunal do Cade.

A extinção do acordo de leniência apenas se dá no momento em que é mensurado e analisado pelo Tribunal do Cade se todos os termos do pacto foram cumpridos, ou não, pelas partes (artigo 86, § 4º, da Lei nº 12.529/2011) (BRASIL, 2011).

9 A atuação do Ministério Público Federal junto ao Cade possui previsão no art. 20 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011). Ressalte-se que a OCDE na revisão pelos pares (*peer review*) do SBDC, ocorrida em 2010, destacou a singularidade da Representação do MPF junto ao Cade, afirmando que: “o papel do Ministério Público Federal é principalmente o de ser uma voz independente dentro da agência, representando o interesse público.” (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE; Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID. *Lei e Política da Concorrência no Brasil - Uma Revisão pelos Pares*. 2010. p. 43. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em: 8.3.2021. A revisão pelos pares anterior, de 2005, já havia reconhecido a relevância do MPF, aduzindo-se que este “tem como objetivo servir como ‘cão de guarda’ contra ilegalidades nas operações do Cade” (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE; Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID. *Lei e Política da Concorrência no Brasil - Uma Revisão pelos Pares*. 2005. p. 48. Disponível em: <<http://www.oecd.org/brazil/35684126.pdf>>. Acesso em: 8.3.2021).

10 Art. 207. Preenchidas as condições legais, o acordo de leniência será firmado com o Cade, por inter-médio da Superintendência-Geral, em, pelo menos, 1 (uma) via, reservando-se aos autos respectivo tratamento de acesso restrito. (...) VIII - obrigações do signatário do acordo de leniência: a) apresentar à Superintendência-Geral e a eventuais outras autoridades signatárias do acordo de leniência todas e quaisquer informações, documentos ou outros materiais de que detenham a posse, custódia ou controle, capazes de comprovar a infração noticiada ou sob investigação; b) apresentar à Superintendência-Geral e a eventuais outras autoridades signatárias do acordo de leniência todas e quaisquer novas informações, documentos ou outros materiais relevantes de que venham a ter conhecimento no curso das investigações; c) apresentar todas e quaisquer informações, documentos ou outros materiais relacionados à prática relatada de que detenham a posse, custódia ou controle, sempre que solicitado pela Superintendência-Geral e por eventuais outras autoridades signatárias do acordo de leniência no curso das investigações; d) cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo relacionado à infração relatada a ser conduzido pela Superintendência-Geral e eventuais outras autoridades signatárias do acordo de leniência; e) comparecer, quando solicitado, sob suas expensas, a todos os atos processuais até a decisão final sobre a infração noticiada, proferida pelo Cade; f) comunicar à Superintendência-Geral e a eventuais outras autoridades signatárias do acordo de leniência toda e qualquer alteração dos dados constantes no instrumento de acordo de leniência, inclusive os qualificadores; e g) portar-se com honestidade, lealdade e boa-fé durante o cumprimento dessas obrigações.

3. A EFETIVIDADE DA AÇÃO COLABORATIVA

No âmbito do direito sancionador, deve-se fazer uma leitura harmônica da Constituição e da legislação vigente, sob a perspectiva dos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, que decorrem do devido processo legal, compreendido como processo justo e informador do processo administrativo.

Essa tônica deve perpassar todas as fases do acordo de leniência, desde a sua negociação, passando pela execução e culminando na extinção.

Ao ser analisado, ademais, é relevante sua compreensão como negócio jurídico consensual, cuja natureza contratual pressupõe o caráter sinalagmático na formação do instrumento da leniência, havendo a sujeição às obrigações recíprocas, tanto por parte do Poder Público quanto dos signatários.

Nessa perspectiva, a doutrina por vezes aproxima o acordo de leniência à colaboração premiada, explorando algumas de suas características comuns, dentre as quais o seu caráter sinalagmático (BONFIM; DIDIER JR., 2016, pp.114/115). Havendo a espontaneidade e a voluntariedade na adesão pelo infrator (autonomia da vontade), são assumidas obrigações recíprocas (aspecto sinalagmático), perfectibilizando o negócio jurídico.

No ano de 2017, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (5ª CCR/MPF), com atuação temática no combate à corrupção, dispôs em sua Nota Técnica nº 01/2017¹¹, que o acordo de leniência é negócio jurídico consensual e que pressupõe obrigações recíprocas, constituídas sob a égide da proporcionalidade na consideração adequada do interesse público na celebração de seus termos:

...é espécie de ato jurídico convencional, com natureza dúplice: correlaciona uma técnica especial de investigação e um meio de defesa. Funda-se no reconhecimento e na confissão qualificada de práticas lesivas pela pessoa jurídica que delas se beneficiou, bem como na sua cooperação voluntária. Cuida-se de modo de confissão qualificado, porque não se esgota na admissão dos fatos nem com ela se confunde, estando profundamente ligado à cooperação ativa e plena no âmbito da atividade de procedimentos sancionadores, destacadamente moldado pelas obrigações assumidas na negociação e atinentes à revelação ampla e efetiva de fatos ilícitos, com seus respectivos elementos de provas, bem como a indicação de pessoas físicas e jurídicas envolvidas. (...) O acordo de leniência, como negócio jurídico consensual integrado à atividade sancionadora estatal pressupõe, além da espontaneidade e voluntariedade na adesão pelo infrator, obrigações recíprocas, constituídas sob a égide da proporcionalidade na consideração adequada do interesse público na celebração de seus termos. (5ª CCR/MPF, BRASIL)

11 Nota Técnica nº 1/2017 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas>. Acesso em: 2.3.2021).

Assim como na colaboração premiada¹² o colaborador necessita efetivamente colaborar para receber o prêmio, sob pena de tratar-se de mera “premiação” acaso não haja a colaboração do autor do ilícito, do mesmo modo no acordo de leniência antitruste é necessário haver o efetivo cumprimento dos termos acordados para que o infrator receba os benefícios prometidos, sob pena de tratar-se de mera “leniência” se porventura não houver o cumprimento do pactuado pelo infrator, questões que colocam a indagação sobre os critérios objetivos que atendam à efetividade da colaboração, tal qual exigido pela norma.

De acordo com o artigo 86 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) existem obrigações essenciais a serem cumpridas pelos colaboradores, quais sejam, (i) a identificação dos demais envolvidos na infração; e (ii) a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. O § 3º do artigo 86 do mencionado diploma legal ainda prevê que o acordo de leniência firmado com o Cade estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

Entende-se, assim, que este conjunto de obrigações imposto legalmente, de identificação dos coautores e/ou partícipes da infração e a obtenção de informações e documentos que a comprovem, em respeito a melhor técnica jurídica do instrumento, está profundamente ligado à cooperação ativa e plena, moldada pelos encargos assumidos na negociação e atinentes a critérios objetivos de revelação ampla e efetiva de fatos ilícitos, com seus respectivos elementos de prova, bem como a indicação de pessoas físicas e jurídicas envolvidas, que pressupõe necessariamente utilidade e interesse públicos.

Diante do moderno conceito de acordo de leniência, como negócio jurídico consensual e meio de obtenção de prova, com finalidade e utilidade para as investigações e para o processo sancionador, há que se mensurar e analisar o conteúdo legal da efetividade da cooperação dos signatários e do resultado útil do processo:

“...para fins de julgamento do acordo e concessão final dos benefícios, será imprescindível avaliar a efetividade dessa ação colaborativa. Além de ser guiada pela efetividade e continuidade da colaboração, o acordo de leniência vem relacionado, na legislação ordinária, com o ‘resultado útil do processo’ (art. 86, § 3º) (BRASIL, 2011).” (MARRARA, 2020, p. 93).

É que dentre as justificativas estatais para a adoção de um programa que concede benefícios em sede de acordo, estão previstas a obtenção de provas e a colaboração dos beneficiários, na perspectiva da plena eficiência e efetividade investigativa.

A eficiência e a efetividade possuem foco externo e estão relacionadas ao acesso antecipado às informações e documentos de difícil detecção e ao resultado proveitoso e bem-sucedido da colaboração. Por outro lado, “as provas tendem a consistir em informações e documentos ‘internos’ da prática ilícita, que muito possivelmente seriam difíceis de serem obtidos de outra forma que não por meio da colaboração” (ATHAYDE, 2019, p. 40).

12 No que diz respeito à colaboração premiada, menciona-se a Orientação Conjunta nº 1/2018, editada pelas 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes>. Acesso em: 2.3.2021).

A razão da institucionalização do acordo de leniência, a toda evidência, é a busca de provas internas à estrutura delituosa, em tese rígida e compartimentada, valendo-se de pessoa com conhecimento privilegiado exatamente pela condição de ter atuado no acordo ilícito, ou em fatos delituosos por ela cometidos.

O acordo de leniência, destarte, também é utilizado como meio de obtenção de prova, e aqui reside uma de suas maiores justificativas, levando-se em conta a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social da conduta anticoncorrencial e a eficácia da colaboração.

Portanto, pode-se concluir que a obrigação dos signatários se relaciona, no mínimo, à apresentação de documentos e informações com lastro probatório acerca da existência das condutas anticompetitivas. O proponente, ainda na fase inicial, tem o dever de apresentar todas as informações das quais tenha conhecimento a respeito da infração noticiada, agir com boa-fé e não ocultar ou dissimular informações ou apresentar informações falsas/enganosas.

A questão que se coloca é quanto às obrigações do signatário, se elas se esgotam com a assinatura do acordo de leniência, com a entrega dos documentos que afirmou estarem em seu poder no momento da formalização, além da prestação de depoimentos e/ou informações sobre os fatos até o momento da formalização, ou se as obrigações persistem posteriormente, impondo o dever de continuar colaborando após a formalização do acordo para a materialização probatória dos fatos noticiados, e assim assegurar o resultado útil do processo. Partindo de uma interpretação sistemática, pode-se apontar que a obrigação deva continuar até que se alcance o resultado pretendido pela norma.

4. O RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO

A Lei nº 12.529/2011, em seu artigo 86, § 3º, prevê que o acordo de leniência firmado com o Cade estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o “resultado útil do processo”.

Em uma análise inicial, poder-se-ia imaginar que as obrigações do signatário se esgotam com a entrega dos documentos que afirmou estarem em seu poder, junto a prestação de depoimentos e/ou informações sobre os fatos até o momento da formalização do acordo de leniência, cabendo à autoridade administrativa responsável pela condução da negociação o ônus de decidir e responder pelo acordo celebrado. Se a negociação foi mal conduzida, ou se o signatário não tiver entregado os documentos suficientes para formalizar uma acusação em Processo Administrativo sancionatório, estaria liberado de todo e qualquer ônus posterior, pois caberia à autoridade negociadora o ônus de extrair os elementos para a certeza de uma acusação e, acaso não comprovada suficiente e exaustivamente a conduta ilícita, não celebrar o acordo de leniência.

Essa resposta resolveria de forma simples uma relação complexa e sofisticada de ilícitos de difícil comprovação, transferindo para a autoridade negociadora o encargo de esgotar todas as variantes e hipóteses possíveis, com carga praticamente absoluta de êxito, como que liberando o signatário de todo e qualquer ônus cooperativo posterior, como se fosse um negócio processual instantâneo.

Já outra resposta possível, ao se interpretar o § 3º do artigo 86 conjuntamente com a redação de seu *caput*, seria tratar o acordo como uma obrigação de meio, qual seja, um negócio no qual o de-

lador-colaborador assume o dever de manter um esforço dirigido para um resultado útil e proveitoso do processo tal qual previsto pela lei.

Partindo-se do pressuposto de que a lei não emprega palavras inúteis, mas tão somente necessárias, reputa-se a segunda interpretação mais adequada e em conformidade com os propósitos do Programa de Leniência Antitruste.

A busca objetiva do resultado útil do processo, a toda evidência, não significa a condenação dos agentes, nem tampouco a assunção de todo o ônus instrutório, mas sim o encargo de munir a autoridade administrativa antitruste de todos os elementos probatórios que possa ter acesso, seja no momento da assinatura do acordo, seja em momentos posteriores.

Observe-se que se a exigência para a realização dos acordos de leniência antitruste fosse o *standart* probatório pleno, seria desnecessário até mesmo instaurar o Inquérito Administrativo, como momento no qual são conduzidas diligências investigativas e instrutórias (v.g., requisições, oitivas, busca e apreensão etc.), ao que bastaria a instauração direta do Processo Administrativo sancionador, o que, sabe-se ser praticamente impossível, diante da complexidade de um cartel.

Na realidade, os acordos de leniência partem de um conteúdo probatório inicial, que se presume seja útil a ponto de propiciar a realização e/ou a descoberta de outros elementos probatórios concretos, a partir dos quais possa ser extraída a realidade fática, para formar um conhecimento amplo de todo o ocorrido. Por isso mesmo, a colaboração aponta seja tratada como um meio e não um fim em si mesmo.

Partindo da ideia da utilidade da colaboração, sob a tônica da eficiência, é importante ressaltar que a partir dos elementos trazidos à autoridade antitruste em cooperação, seja possível, por exemplo, realizar medidas cautelares como busca e apreensão (prevista no artigo 13, alínea “d”, da Lei nº 12.529/2011), inspeções, requisição de informações e procedimentos de inteligência. Deve-se propiciar, também, a obtenção de mais informações e documentos por meio de Termos de Compromisso de Cessação - TCCs com os eventuais partícipes do conluio que foram delatados.

No caso dos cartéis, por exemplo, as medidas cautelares são extremamente importantes devido à dificuldade na obtenção de provas, contando-se, nesses casos, com o elemento surpresa para que os investigados não inutilizem documentos, dados ou quaisquer outros elementos probatórios.

Ou seja, para fins de mensuração e análise do cumprimento do acordo de leniência antitruste pelo Tribunal do Cade, não se exige a assunção do *standart* probatório pleno, mas sim o comprometimento do delator-colaborador com a eficácia da ação colaborativa e com o resultado útil do processo.

Os critérios objetivos para alcançar tais obrigações previstas pela norma perfazem, necessariamente: (i) o fornecimento de informações, documentos e elementos que comprovem minimamente a infração relatada ou (ii) que indiquem à autoridade onde essas provas podem ser obtidas, fornecendo o *fumus boni iuris* para uma diligência investigativa eficaz (MARTINEZ, 2013, p. 265).

Em linhas gerais, o acordo de leniência, mesmo nas diferentes esferas de responsabilização, tanto na antitruste como na lei anticorrupção, por exemplo, tem como principal função propiciar a identificação dos demais envolvidos na infração e a comprovação do ilícito sob apuração:

O conjunto de leis sobreposto e fragmentado também dá algumas pistas

sobre de que forma acordos de leniência mobilizarão funções diferentes. A Lei Anticorrupção é explícita ao dizer que a colaboração deve resultar em mais informações para alavancar investigações: a identificação dos demais envolvidos na infração e a comprovação do ilícito sob apuração. Sem dúvida, este é o objetivo enunciado do acordo de leniência, em linha com os tratados internacionais assinados pelo Brasil. (PIMENTA, 2020, p. 88).

Dessa forma, partindo-se dos critérios objetivos acima expostos e do resultado pretendido pela norma, com os dados concretos retromencionados, as decisões finais emanadas do Tribunal do Cade nos acordos de leniência, revestem-se de maior transparência, previsibilidade e segurança jurídica.

5. BREVE PARALELO COM A ESFERA PENAL

Quanto à eficácia da colaboração, em paralelo com a esfera penal, a nova “Lei Anticrime” (Lei nº 13.964, de 2019, BRASIL), instituída para aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, implementou maior disciplina à negociação com os colaboradores, promovendo alterações na Lei de Organização Criminosa. Estabeleceu-se o já consolidado entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o acordo de colaboração premiada é “negócio jurídico processual” e “meio de obtenção de prova”, o qual “pressupõe utilidade e interesse públicos”, permanecendo a redação original de que “a sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia” (artigo 3º-A e artigo 4º, § 11, ambos da Lei nº 12.850/2013, BRASIL)¹³.

Em relação ao procedimento para a celebração do acordo de colaboração, é exigida a justificativa na hipótese de a proposta de acordo de colaboração premiada ser sumariamente indeferida, bem como a expressa vedação ao proponente, quando não celebrado o acordo por sua iniciativa, da utilização das informações fornecidas pelo colaborador de boa-fé (artigo 3º-B, §§ 1º e 6º, ambos da Lei nº 12.850/2013).

Ao apreciar a Questão de Ordem na Petição nº 7.074, julgada em 29.6.2017, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que a aferição dos termos do acordo de colaboração, o seu cumprimento e a sua eficácia, se dá por ocasião da prolação da sentença final (no caso do STF, a competência é do Tribunal Pleno), como controle jurisdicional diferido, sendo atribuição do Relator homologar monocraticamente os acordos de colaboração premiada, na qual se restringe ao juízo de regularidade, sendo vedada a participação do juiz nas negociações (artigo 4º, §§ 6º e 11, da Lei nº 12.850/2013), conferindo, assim, concretude ao princípio acusatório, que rege o processo penal no Estado Democrático de Direito:

QUESTÃO DE ORDEM EM PETIÇÃO. COLABORAÇÃO PREMIADA. I. DECISÃO INICIAL DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL: LIMITES E ATRIBUIÇÃO. REGULARIDADE, LEGALIDADE E VOLUNTARIEDADE DO ACORDO. MEIO DE OBTENÇÃO DE PRO-

¹³ Art. 3º-A. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (...) § 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.

VA. PODERES INSTRUTÓRIOS DO RELATOR. RISTF. PRECEDENTES. II. DECISÃO FINAL DE MÉRITO. AFERIÇÃO DOS TERMOS E DA EFICÁCIA DA COLABORAÇÃO. CONTROLE JURISDICIONAL DIFERIDO. COMPETÊNCIA COLEGIADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Nos moldes do decidido no HC 127.483, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 3.2.2016, reafirma-se a atribuição ao Relator, como corolário dos poderes instrutórios que lhe são conferidos pelo Regimento Interno do STF, para ordenar a realização de meios de obtenção de prova (art. 21, I e II do RISTF), a fim de, monocraticamente, homologar acordos de colaboração premiada, oportunidade na qual se restringe ao juízo de regularidade, legalidade e voluntariedade da avença, nos limites do art. 4^a, § 7^o, da Lei n. 12.850/2013.

2. O juízo sobre os termos do acordo de colaboração, seu cumprimento e sua eficácia, conforme preceitua o art. 4^o, § 11, da Lei n. 12.850/2013, dá-se por ocasião da prolação da sentença (e no Supremo Tribunal Federal, em decisão colegiada), não se impondo na fase homologatória tal exame previsto pela lei como controle jurisdicional diferido, sob pena de malferir a norma prevista no § 6^o do art. 4^o da referida Lei n. 12.850/2013, que veda a participação do juiz nas negociações, conferindo, assim, concretude ao princípio acusatório que rege o processo penal no Estado Democrático de Direito.

3. Questão de ordem que se desdobra em três pontos para: (i) resguardar a competência do Tribunal Pleno para o julgamento de mérito sobre os termos e a eficácia da colaboração, (ii) reafirmar, dentre os poderes instrutórios do Relator (art. 21 do RISTF), a atribuição para homologar acordo de colaboração premiada; (iii) salvo ilegalidade superveniente apta a justificar nulidade ou anulação do negócio jurídico, acordo homologado como regular, voluntário e legal, em regra, deve ser observado mediante o cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador, sendo, nos termos do art. 966, § 4^o, do Código de Processo Civil, possível ao Plenário analisar sua legalidade. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pet n^o 7.074-QO, Tribunal Pleno, Relator Min. Edson Fachin, v.m., Dje-STF de 3.5.2018).

O Relator, Ministro Edson Fachin, teceu considerações sobre a necessidade de análise da eficácia da colaboração premiada e da competência do colegiado do Tribunal para avaliar o cumprimento dos termos do acordo de colaboração premiada:

...Como se verifica da dicção legal, é no julgamento de mérito que o Poder Judiciário, então, como autorizado pela lei, poderá definir a extensão da colaboração e por consequência analisar o benefício respectivo.

A legislação permite ao Judiciário, em tal fase diferida, após a conclusão da instrução probatória, avaliar se os termos da colaboração premiada foram cumpridos, bem como se os resultados concretos foram atingidos, o que

definirá, logicamente, a sua eficácia, para utilizar o vocábulo da lei. Por isso mesmo, a colaboração é um meio e não um fim em si mesmo. (STF, Pet nº 7.074-QO, BRASIL).

O voto do Ministro Luis Roberto Barroso¹⁴ consignou que o Estado deve ser leal ao colaborador, e que apenas no caso de o colaborador não entregar aquilo a que se comprometeu é que se poderá invocar a cláusula do contrato não cumprido.

Para fins de eficácia e concessão dos benefícios ao colaborador, é imprescindível avaliar se os termos da colaboração foram cumpridos, bem como se os resultados concretos foram atingidos.

Dessarte, na esfera penal, o Judiciário exercerá o controle de eficácia dos acordos de colaboração, ao prolatar a sentença final, por meio da análise do cumprimento do pactuado e dos resultados úteis alcançados com a colaboração.

6. O TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DO CADE E O CONTROLE DE EFICÁCIA DO ACORDO DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE

A concessão dos benefícios premiais previstos no Acordo de Leniência está necessariamente condicionada ao efetivo adimplemento das obrigações que tenham sido assumidas pelo signatário e de que advenham os resultados indicados pela norma. Essa assertiva conduz à análise da extensão da colaboração, bem como se os resultados concretos foram atingidos, o que definirá, logicamente, a eficácia da colaboração e o respectivo benefício.

A respeito da avaliação e mensuração da eficácia da colaboração e a consequente aplicação dos benefícios legais, a legislação antitruste (artigo 86, § 4º, incisos I e II, da Lei nº 12.529/2011¹⁵) e o

14 Consta do voto do Ministro Luis Roberto Barroso: “E, aqui, o que a lei específica estabelece, a Lei 12.850, no art. 4º, § 11, é que caberá ao Judiciário, no momento do julgamento: ‘§ 11. A sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia.’ A minha interpretação desta cláusula é que, no momento do julgamento, o que se vai fazer é verificar se o que foi clausulado no acordo, se aquilo a que o colaborador premiado se obrigou, ele efetivamente cumpriu e de maneira satisfatória. Esta é a atuação do Poder Judiciário ao valorar a colaboração premiada depois que ela tenha sido homologada lá atrás, no momento da sua celebração. Logo, no momento do julgamento, já não cabe mais juízo de legalidade ou juízo de mérito sobre a colaboração. Esse juízo terá sido feito no momento da homologação. Estou convencido de que a colaboração premiada, uma vez homologada, só não será honrada se o colaborador não cumprir com as obrigações que assumiu. Porque, do contrário, se o Estado, pelo seu órgão de acusação, firma um acordo de colaboração premiada que ele, Estado, valorou ser do seu interesse, obtém as informações para punir réus mais perigosos ou crimes mais graves - e, portanto, se beneficia do colaborador -, e depois não cumpre o que ajustou, é uma deslealdade por parte do Estado e é a desmoralização total do instituto da colaboração premiada. O Estado tem que ser leal. O Estado tem que cumprir a sua palavra, tanto quanto o colaborador. E o Estado só pode invocar as ‘cláusulas do contrato não cumprido’ se o colaborador não entregar aquilo a que se comprometeu.” (STF, Pet nº 7074-QO).

15 Art. 86. (...) § 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo: I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

Regimento Interno do Cade (artigo 209, incisos I e II, do RICADE¹⁶) preveem que compete ao Tribunal Administrativo do Cade verificar o cumprimento do acordo de leniência. Ao que se conclui que a análise do cumprimento do acordo de leniência é ato administrativo de competência exclusiva do Tribunal Administrativo.

O Guia do Programa de Leniência do Cade também estabelece que a decisão final, proferida pelo Tribunal do Cade por ocasião do julgamento do processo administrativo, avaliará se as condições e cláusulas estipuladas no acordo foram ou não cumpridas, e se a empresa e/ou pessoa física signatária responsável pelo descumprimento perderá os benefícios em relação às multas e demais sanções cabíveis.

Instaura-se, assim, um novo capítulo para a análise da eficácia e do resultado útil da colaboração, pois para declarar o acordo de leniência cumprido, o Tribunal Administrativo deverá verificar, ao final da colaboração, a presença dos resultados previstos nos incisos I e II e no *caput* do artigo 86 da Lei nº 12.529/2011, quando o conjunto probatório reunido nos autos deverá ser suficiente para a identificação dos demais envolvidos na infração noticiada e para a comprovação da infração apontada.

Assim, diferentemente do momento da celebração do acordo de leniência no âmbito da Superintendência-Geral, o legislador definiu o padrão probatório mínimo que autoriza o Tribunal Administrativo a conceder os benefícios legais aos signatários da leniência, ao final da colaboração.

Utilizando-se das lições de Pontes de Miranda (MIRANDA, 2000, p. 62 ss.) sobre os negócios jurídicos e a conhecida “escada ponteana”, os negócios jurídicos passam pelos planos de existência, validade e eficácia. No plano da existência (ótica do “ser”) identifica-se na leniência o fato como ele é, ou seja, a existência de conduta anticompetitiva que possa vir a ser delatada por uma pessoa física ou jurídica à autoridade antitruste. Já no plano de validade (ótica da “norma jurídica”) se identificam os requisitos legais para que a leniência ocorra, tais como a voluntariedade, a espontaneidade, quais informações devam ser prestadas e todo o mais concernente à legalidade do ato. Por fim, o plano de eficácia (ótica da “produção dos efeitos do ato”) se dá quando o acordo de leniência operará seus efeitos regulares, caso naturalmente seja homologado, momento no qual os benefícios serão concedidos aos signatários.

Identificando-se vícios no plano de validade, o acordo de leniência pode ser anulado, como ocorreria na hipótese de vício de vontade ou de consentimento, acarretando a invalidade do negócio jurídico como um todo, retirando-o por completo do mundo jurídico, inclusive privando-o de seus efeitos. Nessa hipótese, nenhuma das provas coletadas durante a negociação do acordo poderia ser utilizada. Os procedimentos de confidencialidade do Cade, na fase de formalização do acordo de leniência, estão especificados no Guia do Programa de Leniência Antitruste¹⁷.

16 Art. 208. Uma vez declarado o cumprimento do acordo de leniência pelo Cade, será decretada em favor do signatário do acordo de leniência: I - a extinção da ação punitiva da administração pública, nas hipóteses em que a proposta do acordo de leniência tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou II - nas demais hipóteses, a redução de um a dois terços das penas aplicáveis na seara administrativa.

17 Pergunta 75 do Guia do Programa de Leniência do Cade: “Quais são os procedimentos de confidencialidade do Cade na fase de formalização do Acordo de Leniência?” (Cade, Guia: Programa de Leniência Antitruste do Cade. 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/guia-do-programa-de-leniencia>. Acesso em: 18.3.2021).

Sendo existente e válido, o acordo de leniência chegará até a fase de controle de sua eficácia, quando será analisada a extensão da colaboração, o cumprimento ou não das obrigações assumidas, e por consequência os benefícios respectivos. Avaliar-se-á se os termos do acordo de leniência foram cumpridos, bem como se os resultados concretos foram atingidos.

A consequência natural a partir do atendimento integral das obrigações assumidas no acordo é a declaração de seu cumprimento pelo Tribunal Administrativo, com a extinção da punibilidade do infrator, além da imunidade penal para as pessoas físicas.

Não fosse assim, se as obrigações do signatário se esgotassem na assinatura do acordo de leniência, com a entrega única dos documentos que estivessem em seu poder, com a prestação de depoimento ou entrega de informações até aquele momento, a atribuição da verificação do cumprimento do acordo seria da Superintendência-Geral do Cade, autoridade competente para a sua celebração, com estrita observância dos requisitos formais (artigo 86, *caput*, da Lei nº 12.529/2011).

No entanto, como se afirma, as obrigações do signatário persistem posteriormente à assinatura do acordo de leniência, cujo dever de continuar colaborando se protraí no tempo até a materialização probatória dos fatos noticiados ou, ao menos, até esgotadas todas as possibilidades investigatórias para tanto, sendo que a atribuição da verificação do cumprimento material do pactuado é do Tribunal Administrativo, por ocasião do julgamento do Processo Administrativo Sancionador (artigo 86, § 4º, da Lei nº 12.529/2011).

Assim, pode-se afirmar que o acordo de leniência é existente e válido desde o momento de sua celebração pela Superintendência-Geral do Cade e, quando da remessa dos autos do Processo Administrativo ao Tribunal do Cade para julgamento, a decisão do Plenário sobre o cumprimento ou o descumprimento do acordo desencadeará outros efeitos jurídicos previstos na Lei nº 12.529/2011, a depender da decisão do colegiado.

Os efeitos previstos em lei são os seguintes: extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução das penas aplicáveis (artigo 86, § 4º, incisos I e II); e extinção da punibilidade dos crimes referidos no *caput* do artigo 87 (artigo 87, parágrafo único), ou o impedimento dos signatários para a celebração de novo acordo de leniência com o Cade por três anos (artigo 86, § 12), a depender da direção do vetor da decisão do Tribunal Administrativo, que poderá ser pelo cumprimento ou descumprimento do acordo.

O Tribunal Administrativo, desse modo, exercerá um verdadeiro e relevante controle de eficácia (formal e material) dos acordos de leniência e do resultado útil das colaborações pactuadas na Superintendência-Geral do Cade.

7. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE E AS CONSEQUÊNCIAS ADVINDAS

O Guia do Programa de Leniência do Cade, ao tratar do descumprimento do acordo¹⁸, não exaure as causas que o ensejam, apenas menciona, a título exemplificativo, que podem ensejar a de-

18 Pergunta 77 do Guia do Programa de Leniência do Cade: “O que ocorre se não forem cumpridas as condições e cláusulas estipuladas no Acordo de Leniência?” (Cade, Guia: Programa de Leniência Antitruste do Cade. 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/guia-do-programa-de-leniencia>. Acesso em: 17.3.2021).

cisão de descumprimento a ausência de cooperação com o Cade ou a apresentação de informações falsas, esclarecendo que não se considera, via de regra – como já anteriormente afirmado – “descumprimento do Acordo de Leniência o fato de o Tribunal do Cade não condenar todas as empresas e/ou pessoas físicas identificadas como participantes da infração noticiada pelos signatários.”

Esse tópico levanta a questão da ausência de colaboração com o Cade, compreendendo-se esta a partir do descumprimento das obrigações assumidas quando da realização do acordo de leniência e da inutilidade da cooperação.

Ora, se a colaboração deve ser tomada como um meio e não um fim em si mesmo, de modo que para a declaração de cumprimento do acordo de leniência antitruste não se está a falar de *standart* probatório pleno, necessário para embasar uma condenação, mas sim do integral e pleno atendimento das obrigações assumidas quando da realização e assunção do pacto e da utilidade da cooperação, devendo ser compreendida no sentido objetivo de propiciar a realização e/ou a descoberta de outros elementos probatórios concretos, seja a partir da realização de diligências, medidas cautelares ou da assinatura de termos de compromisso de cessação com coautores/partícipes, a partir dos quais possa ser extraída a realidade fática para formar um conhecimento do ocorrido, é correto afirmar que, quando referidos objetivos impostos pela norma não são alcançados, o acordo de leniência deve ser considerado descumprido por seus signatários, tal qual previsto no Guia do Programa de Leniência do Cade.

Um exemplo elucidativo desta hipótese pode ocorrer nos casos de arquivamento de Inquérito Administrativo por insuficiência probatória, que não produz coisa julgada material, atrelado a um prévio acordo de leniência na esfera antitruste.

É indicativa a exclusão da possibilidade de um acordo de leniência ser declarado cumprido nas hipóteses em que as investigações não evoluam para a produção de outras provas para a imposição de sanções por infração à Ordem Econômica, salvo se suficientemente comprovada a infração no momento em que firmado o acordo ou se os fatos apurados na instrução não configurem infração.

Não é concebível que o inquérito administrativo ou o processo administrativo instaurado a partir do momento em que a autoridade detenha “informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação” e a identidade dos envolvidos na infração (incisos I e II do *caput* do artigo 86 da Lei nº 12.529/2011), não sejam suficientes para apurar os fatos relativos ao Histórico da Conduta elaborado pela Superintendência-Geral do Cade, no qual está contida a descrição detalhada da conduta anticompetitiva, o que, repita-se, não é necessário configure infração, mas que possibilite o pleno conhecimento fático.

Diante disso, quando reconhecida a ausência de cooperação do signatário, que (i) não tenha fornecido informações, documentos e elementos que comprovem minimamente a infração relatada, ou (ii) que não tenha indicado à autoridade onde essas provas poderiam ser obtidas, é de se reconhecer o descumprimento do acordo, considerando o comando legal previsto no artigo 86, *caput*, e § 3º, da Lei nº 12.529/2011.

Uma das consequências da declaração de descumprimento do acordo por ausência de cooperação atrelado ao arquivamento de inquérito administrativo por insuficiência probatória, é a ausência de coisa julgada material e a possibilidade de reabertura das investigações acaso advenham

novas provas e documentos da infração à Ordem Econômica.

A respeito do arquivamento de inquérito policial por insuficiência probatória, o Superior Tribunal de Justiça já assentou o entendimento de que a decisão de arquivamento do inquérito por “insuficiência probatória” não gera coisa julgada material, sendo possível a reabertura das investigações na hipótese de “surgirem novos elementos de convicção”¹⁹.

Fazendo-se um paralelo com as investigações no âmbito do antitruste, eventuais decisões da Superintendência-Geral do Cade de arquivamento de inquérito administrativo por insubsistência probatória não produzirão coisa julgada material.

Ademais, os acordos de leniência firmados com a autoridade antitruste podem prever que os signatários estão cientes de que, no caso de desistência tardia ou descumprimento do acordo, as informações e documentos apresentados relativos à infração relatada poderão ser utilizados em procedimentos que poderão ser instaurados ou propostos pela SG/Cade ou Ministério Público Federal.

É dedutível que a razão dessa cláusula advém do entendimento de que o acordo, embora existente e válido, mostrou-se ineficaz diante da desistência tardia (após firmado o acordo) ou do descumprimento do pactuado a ponto de não poder render benefícios premiais ao signatário. A perda dos seus efeitos, no entanto, não impede a utilização das informações e documentos no futuro, justamente pelo fato de ser considerado existente e válido.

Situação diversa é aquela prevista no artigo 86, § 9º, da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), e no artigo 206, § 3º, do RICADE (BRASIL, 2020), no sentido de que as informações e documentos apresentados pelo proponente durante a fase de negociação do acordo de leniência, subsequentemente frustrado ou rejeitado, não poderão ser utilizadas para quaisquer fins pelas autoridades que a eles tiveram acesso.

Há, portanto, diferenças consideráveis relativas à possibilidade ou não de utilização das informações e documentos apresentados, a depender da fase de extinção do acordo.

Se a negociação do acordo, na fase inicial, for infrutífera, as informações e documentos apresentados não poderão ser utilizados para quaisquer fins, mas se houver desistência após firmado ou se o acordo for descumprido pelo signatário, situações a serem apuradas ao final, é possível a previsão no acordo pactuado acerca da possibilidade de utilização das informações e dos documentos apresentados relativos à infração relatada em procedimentos que poderão ser instaurados ou propostos pela Superintendência-Geral do Cade ou pelo Ministério Público Federal.

Outra consequência legal e importante a partir da declaração do descumprimento do acordo de leniência antitruste é a pena de impedimento para celebração de novo acordo de leniência pelo prazo de três anos, contado da data de seu julgamento, situação prevista no artigo 86, § 12, da Lei nº 12.529/2011.

Tal consequência, segunda a Doutrina Jurídica, funciona como uma espécie de ônus pela não

19 “Nos termos do artigo 18 do Código de Processo Penal e do verbete 524 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, a decisão de arquivamento do inquérito por insuficiência probatória não gera coisa julgada material, sendo possível a reabertura das investigações se surgirem novos elementos de convicção.” (STJ, RHC nº 63.510/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 20.9.2016, Dje-STJ de 28.9.2016).

cooperação efetiva:

...trata-se de importante mecanismo à mão do Cade para aumentar os custos de não cooperação. (...) o legislador parece ter-se centrado em dificultar nova chance de leniência no mesmo caso (se houver arquivamento por falta de provas, v.g., e o agente desejar evitar sofrer novo processo pela mesma conduta, se trazidos fatos novos). (TAUFICK, 2017)²⁰

As situações ora postas e analisadas demonstram as consequências legais e materiais advindas da declaração de descumprimento dos acordos de leniência pelo Tribunal Administrativo, diante da ausência de cooperação e a importância e a relevância das obrigações assumidas por ocasião da assinatura do pacto por parte dos signatários, especialmente nos casos de não entrega ou entrega incompleta de documentos e informações prometidas, e diante da constatação da ausência de efetiva e eficaz cooperação, situações que podem culminar no arquivamento do inquérito administrativo por insuficiência de elementos probatórios mínimos.

Saliente-se que a decisão declarando o descumprimento do acordo de leniência pelo Tribunal do Cade quando comprovado o não atendimento de obrigações assumidas pelos signatários, poderá render efeitos pedagógicos e reflexos no Sistema Antitruste, na medida em que contribuirá para a solidificação do real significado do agente colaborador e da eficácia e utilidade dos acordos de leniência, evitando-se a frustração da expectativa gerada, além de conferir maior segurança jurídica e previsibilidade.

Acresça-se que os signatários também são favorecidos ao assumirem a posição prioritária para assinarem o acordo antes dos demais investigados e partícipes do ilícito, e com isso obterem os melhores benefícios (artigo 86, § 1º, inciso I c/c os §§ 7º e 8º, da Lei nº 12.529/2011).

Deve-se, portanto, mensurar e calibrar todos os efeitos que poderão advir das decisões emanadas pelo Tribunal Administrativo, tanto no sentido da declaração do cumprimento ou descumprimento dos acordos de leniência, cuja seriedade de seu tratamento solidificará o Programa de Leniência Antitruste do Cade, mesmo que seja reconhecendo o seu descumprimento, pois representará um tratamento justo para com os que cumprem o acordado, não servindo de estímulo a não observância do pactuado.

O acordo de leniência é um instrumento bilateral, que deve ser cumprido pelos signatários para que obtenham os benefícios ajustados perante a autoridade antitruste. No caso de seu descumprimento, não poderá render benefícios aos signatários, sob pena de tornar o acordo de leniência um instrumento não bilateral gerador de benefícios apenas para uma das partes.

8. CASUÍSTICA

No final de 2017, o Tribunal Administrativo do CADE apreciou dois casos relacionados ao mercado de autopeças, que culminaram no arquivamento das investigações iniciadas por acordo de leniência. Entendeu a Corte Colegiada que os signatários cumpriram o requisito de que a cooperação resultasse na identificação dos demais participantes da infração e na obtenção de informações e

20 TAUFICK, Roberto Domingos. Nova Lei Antitruste Brasileira. Ed. Almedina, 2017, p. 533.

documentos que comprovassem a infração noticiada ou sob investigação, e que a não condenação não significou, naqueles autos, o descumprimento dos requisitos do acordado.

Nos autos do Processo Administrativo nº 08700.008004/2017-15²¹, de relatoria do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, o Acordo de Leniência foi homologado, em conformidade com a conclusão da SG/Cade e o parecer do Ministério Público Federal junto ao Cade (MPF/Cade), sob o fundamento de que a decisão de arquivamento do inquérito não resultou da insuficiência das provas trazidas pelos signatários do acordo, mas de particularidades do mercado em análise.

No mesmo sentido foi a decisão proferida no Processo Administrativo nº 08700.008005/2017-51²², agora da relatoria do Conselheiro João Paulo de Resende, cuja decisão de arquivamento do Inquérito Administrativo não foi baseada na insuficiência de documentos e informações trazidas pelos signatários do Acordo de Leniência, mas em particularidades do mercado em análise.

Em outra oportunidade, em 2019, o Tribunal do Cade arquivou por insuficiência de provas o Processo Administrativo nº 08700.010320/2012-34²³ suposto cartel no mercado nacional independente de reposição de peças de para-brisas), de relatoria da Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova, e homologou o Acordo de Leniência, divergindo dos pareceres da Procuradoria Federal Especializada (ProCADE) e do Ministério Público Federal (MPF/Cade), que se manifestaram no sentido do descumprimento das obrigações pelos signatários do acordo.

Nos termos do voto da Relatora, que foi acompanhado pelos demais Conselheiros do Tribu-

21 “Conforme se verifica nos autos (SEI nº 003263) e na Nota Técnica nº 28/2017 da SG (SEI nº 0312027), os Signatários cumpriram as obrigações estipuladas no Acordo de Leniência, uma vez que (i) identifica-ram os participantes da suposta infração notificada (fls. 28-29) e (ii) apresentaram Histórico de Conduta detalhado (fls. 22-38) com documentos que indicavam a ocorrência de infração à ordem econômica (fls. 123-180). (...) A decisão de arquivamento do inquérito, portanto, não resultou da insuficiência das provas trazidas pelos Signatários do Acordo de Leniência, mas sim de particularidades do mercado de produtos de iluminação automotiva [ACESSO RESTRITO] que sugerem a prática de *dual sourcing*.” (BRASIL, TRIBUNAL DO CADE, Processo Administrativo nº 08700.008004/2017-15, Voto condutor proferido pelo Relator, Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, 13.12.2017) (SEI/Cade nº 0423982).

22 “Conforme se verifica nos autos e na Nota Técnica nº 25/2017 da SG (SEI 0311877), os Signatários cumpriram as obrigações estipuladas no Acordo de Leniência, uma vez que (i) identificaram os participantes da suposta infração notificada e (ii) apresentaram Histórico de Conduta detalhado com documentos que indicavam a suposta ocorrência de infração à ordem econômica. (...) A decisão de arquivamento do inquérito, portanto, não resultou da inexistência de colaboração pelos Signatários do Acordo de Leniência, mas sim de particularidades do mercado de [ACESSO RESTRITO] que sugerem a prática de *dual sourcing*.” (BRASIL, TRIBUNAL DO CADE, Processo Administrativo nº 08700.008005/2017-51, Voto condutor proferido pelo Relator, Conselheiro João Paulo de Resende, 13.12.2017) (SEI/CADE nº 0425540).

23 “Quanto aos posicionamentos divergentes da PFE e MPF pela não concessão dos benefícios aos signatários, culpando-os de terem causado ‘falhas’ ou ‘entraves à instrução’, registro discordância pelos seguintes motivos: (i) está mais que comprovado nos autos que os signatários foram diligentes na apresentação das provas desde a assinatura do acordo de leniência e em todos os momentos que foram chamados aos autos a complementar tais diligências; (ii) eventuais negativas ou incongruências nos depoimentos dos representados não infirmam a colaboração da leniente (é preciso aqui ter cuidado ao sopesar as estratégias e argumentos de defesa com os atos instrutórios do feito); (iii) eventual incongruência entre os depoimentos de signatários devem ser confrontados com elementos probantes robustos, o que a PFE, salvo melhor juízo, não logrou êxito; (iv) quanto à afirmação de que o resultado útil perseguido pela norma não foi alcançado, qual seja, a de reunir provas da investigação noticiada, tanto a PFE quanto o MPF, ao meu ver, ignoraram os esforços e pronto atendimento feitos pela leniente ao longo do processo para incumbir a ela todo o ônus de produção de prova, ignorando a inversão que acarreta também esta autarquia; (v) por fim, os signatários possuem histórico de outras duas leniências em mercados de autopartes homologadas por este Conselho - o que reitera a postura de colaboração dos mesmos, bem como assegura que não há óbices para conceder os benefícios.” (BRASIL, TRIBUNAL DO CADE, Processo Administrativo nº 08700.010320/2012-34, Voto condutor proferido pela Relatora, Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova, 19.7.2019) (SEI/CADE nº 0632252).

nal do Cade, entendeu-se que, apesar de os elementos probatórios terem sido considerados insuficientes e de o Inquérito Administrativo ter sido arquivado por este motivo, o Acordo de Leniência foi considerado cumprido. O Tribunal do Cade, seguindo o entendimento da SG/Cade, homologou o acordo concedendo aos signatários os benefícios legais.

Saliente-se que, em 2021, iniciado na sua 174^a e concluído na 175^a Sessão Ordinária de Julgamento, o Plenário do Tribunal Administrativo do Cade julgou, por maioria de votos, o Inquérito Administrativo nº 08700.003246/2017-12, decretando a extinção da ação punitiva da Administração Pública em favor dos infratores signatários, nos termos do artigo 86, § 4º, inciso I, da Lei nº 12.529/2011. Tratou-se de caso de arquivamento de Inquérito Administrativo por insuficiência probatória, decisão que competiu à Superintendência-Geral do Cade, e posterior declaração de cumprimento de acordo de leniência com a extinção da punibilidade dos signatários, pelo Tribunal Administrativo do Cade.

No Parecer do Ministério Público Federal junto ao Cade²⁶, apresentado pelo Procurador Regional da República Waldir Alves, foi sustentado o não cumprimento do Acordo de Leniência, destacando que a decisão de arquivamento do Inquérito Administrativo pela Superintendência-Geral do Cade se baseou no artigo 13, inciso IV, da Lei nº 12.529/2011, c/c o artigo 141 do RICADE, ou seja, na “insubsistência dos indícios”, revelando, uma vez mais, a ausência de material probatório, e que a insuficiência de provas não gera coisa julgada material, sendo possível a reabertura das investigações acaso surjam novas provas e elementos de convicção.

No debate estabelecido na deliberação sobre o caso, na Primeira Sessão de Julgamento (174^a Sessão Ordinária, de 31.3.2021²⁷), o Relator Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani entendeu que foi descumprido o Acordo de Leniência, diante da “inexistência dos resultados previstos nos incisos I e II do caput do art. 86 da Lei nº 12.529/2011”, além de descumprida Cláusula específica do acordo.

Na continuidade do debate, na Segunda Sessão de Julgamento (175^a Sessão Ordinária, de

24 <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/sessoes/2021/174a-sessao-ordinaria>. Acesso em 23.9.2021.

25 <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/sessoes/2021/175a-sessao-ordinaria>. Acesso em 23.9.2021.

26 Na sua Primeira Sustentação Oral: “O representante do Ministério Público Federal, Waldir Alves, apresentou manifestação reiterando as conclusões do parecer ministerial anteriormente lançado no processo” (174^a Sessão Ordinária, de 31.3.2021). Enquanto na Segunda Sustentação Oral: “Na presente sessão o representante do Ministério Público Federal, Waldir Alves, fez uso da palavra para esclarecer a posição do MPF acerca do caso concreto, pela reiteração da decisão da Superintendência-Geral de não instauração de processo administrativo, diante da insubsistência de indícios de infração da ordem econômica e que, no toca ao processo em análise, não houve o efetivo cumprimento das obrigações assumidas pelas signatária do acordo celebrado com o Cade, bem como que seja mantido o sigilo da identidade dos signatários, do histórico da conduta e dos documentos trazidos aos autos pelos signatários, nos termos da recomendação constante no Parecer nº 5/2017/PFE-Cade, e a imposição de impedimento de celebrar novo acordo de leniência com o Cade pelo prazo de três anos.” (175^a Sessão Ordinária, de 14.4.2021).

27 “O Conselheiro Relator proferiu voto pela declaração de descumprimento do Acordo de Leniência nº 02/2018, diante da inexistência dos resultados previstos nos incisos I e II do caput do art. 86 da Lei nº 12.529/2011, e do descumprimento dos subitens 4.1, 4.2, 4.3 e 4.6 da cláusula quarta do Acordo, com a constituição do impedimento para celebrar novo acordo de leniência com o Cade pelo prazo de três anos, contado da data deste julgamento, nos termos do §12 do art. 86 da Lei nº 12.529/2011; bem como pela expedição de ofício com cópia da decisão e manutenção da confidencialidade da identidade dos signatários, do histórico da conduta e dos documentos trazidos aos autos pelos signatários, nos termos da recomendação constante no Parecer nº 5/2017/PFE-Cade.” (174^a Sessão Ordinária, de 31.3.2021).

14.4.2021²⁸), em voto divergente, a Conselheira Lenisa Rodrigues Prado homologou o Acordo de Leniência, no que foi acompanhada pelo Conselheiro Luiz Hoffmann, que acresceu ao seu voto a manutenção da confidencialidade da identidade dos Signatários e o acesso restrito ao Histórico da Conduta e documentos trazidos aos autos (nos termos da recomendação do Parecer nº 5/2017/PFE-Cade), sendo este último acompanhado pelo Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. O Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braido proferiu voto no sentido do parecer do Ministério Público Federal junto ao Cade, e acompanhou o voto do Conselheiro Relator Sérgio Costa Ravagnani, reconhecendo a impossibilidade de declaração de cumprimento de Acordo de Leniência quando o material fornecido pelo leniente não propiciou a realização de medidas investigativas eficazes, como o requerimento de medida cautelar ou busca e apreensão, tratando-se de material imprestável à investigação, por isso não cumprido o acordo. A Conselheira Lenisa Prado incorporou em seu voto a proposta de dispositivo trazida pelo Conselheiro Luiz Hoffmann, e nessa extensão foi acompanhada pela Conselheira Paula Azevedo e pelo Presidente Alexandre Barreto de Souza.

Há, conseqüentemente, espaço para o debate acerca do controle da eficácia dos acordos de leniência pelo Tribunal do Cade, e dos critérios objetivos que orbitam os conceitos de efetividade da colaboração e do resultado útil do processo tal qual previsto pela norma.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo o acordo de leniência antitruste um dos principais instrumentos de descoberta e revelação de infrações contra a Ordem Econômica, notadamente, de cartéis, que constituem a mais grave espécie de violação ao sistema, e por tratar-se de um verdadeiro negócio jurídico consensual, que pressupõe espontaneidade, voluntariedade e boa-fé, a concessão dos benefícios premiais pelo Estado está necessariamente condicionada ao efetivo adimplemento das obrigações assumidas pelo signatário no acordo de leniência pactuado, sem, contudo, descuidar-se dos resultados legais indicados pela norma.

É importante a preocupação e a cautela com a análise e mensuração da ação colaborativa, compreendida objetivamente a partir dos critérios previstos legalmente e, principalmente, com o resultado útil do processo, a partir de dados concretos, e da realização de controle da eficácia dos acordos pelo Tribunal Administrativo do Cade. Faz-se necessário avaliar se os termos e as obrigações do acordo de leniência foram cumpridos, bem como se os resultados concretos foram atingidos, tal qual previsto no artigo 86 da Lei nº 12.529/2011.

28 “A Conselheira Lenisa Prado apresentou voto vista pela homologação do Acordo de Leniência. O Conselheiro Luiz Hoffmann acompanhou o voto da Conselheira Lenisa Prado, com proposta de que seja declarado o cumprimento do Acordo de Leniência nº 02/2018, com determinação de: (i) decretação da extinção da ação punitiva da Administração Pública em favor dos infratores signatários, nos termos do art. 86, § 4º, I da Lei 12.529/2011; (ii) expedição de ofício ao Ministério Público Federal no Distrito Federal (8º Ofício de Combate ao Crime e à Improbidade Administrativa), com cópia da presente decisão; e (iii) manutenção da confidencialidade da identidade dos Signatários, bem como do acesso restrito ao histórico da conduta e documentos trazidos aos autos pelos Signatários, nos termos da recomendação constante no Parecer nº 5/2017/PFE-Cade. O Conselheiro Luis Braido aderiu às conclusões do Conselheiro Relator. O Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia acompanhou o voto do Conselheiro Luiz Hoffmann. A Conselheira Lenisa Prado manifestou-se informando a incorporação, em seu voto, da proposta de dispositivo trazida pelo Conselheiro Luiz Hoffmann. A Conselheira Paula Azevedo e o Presidente do Cade acompanharam o voto da Conselheira Lenisa Prado com a incorporação do dispositivo trazido pelo Conselheiro Luiz Hoffmann.” (175ª Sessão Ordinária, de 14.4.2021).

Conceitos como utilidade, resultado e eficácia devem ser vistos como a tônica da colaboração, revelando que esta não é um fim em si mesmo, mas um meio que inclui, necessariamente, como previsto em lei, a identificação dos demais envolvidos na infração e o fornecimento de informações, documentos e elementos que comprovem minimamente a infração relatada ou que indiquem à autoridade onde essas provas podem ser obtidas, fornecendo o *fumus boni iuris* para uma diligência investigativa eficaz.

Raciocínio diverso esvaziaria o conteúdo legal da efetividade da colaboração e do resultado útil do processo, previsto no artigo 86 da Lei nº 12.529/2011, como também o próprio interesse público inerente aos acordos de leniência, cuja decisão final de declaração de seu descumprimento a partir da constatação da ineficácia da colaboração, quando comprovado o não atendimento das obrigações assumidas, a despeito de não ser desejada e de trazer consequências ao signatário, aponta ser a postura adequada nessas situações.

O não reconhecimento do cumprimento do acordo também fixa efeitos pedagógicos e reflexos no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), contribuindo para a solidificação do real significado do agente colaborador e da utilidade dos acordos de leniência, evitando-se a frustração da expectativa gerada, além da posição prioritária conferida ao signatário para assinar o acordo antes dos demais investigados e partícipes do ilícito, e com isso receber os melhores benefícios.

Tais fatos evidenciam a importância das obrigações assumidas pelo signatário no acordo e a relevante e exclusiva competência atribuída ao Tribunal Administrativo do Cade para declarar o cumprimento ou o descumprimento dos acordos de leniência, realizando um verdadeiro controle de sua eficácia, tanto sob o aspecto formal como material, compreendido na verificação do cumprimento do pactuado na Superintendência-Geral do Cade.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil**: Teoria e Prática – Cade, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990.

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: Presidência da República, 1994.

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

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal [...]. Brasília: Presidência da República, 2013.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

Brasília: Presidência da República, 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/guia-do-programa/guia-do-programa-de-leniencia>. Acesso em 17 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.008004/2017-15**. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM8F6yjHH5SHCA8ZdCTT9uLeaJ04BHKLL40kwzrl3VGOtk4vmtC-M7EjVX5nl8xle2RdSs_5DoIGD8IKh3Y3F5x. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.008005/2017-51**. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNFesGYSvMK3yHDhrYRoYoT6sBtlxuJeOfOyEyL5ceclBZkZi-t-fZlaS0e-TDttSkgn5jZ6gkG06smdMSjLQ8l4. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.010320/2012-34**. Relatora: Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova, 19.7.2019. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNh-F4J0xzXiwr81vbfOy7NeuwoQAdDapxK0afgQpY5ksjGNJVw5X1X_5_eVBU8EvLbaifRvicok203LN7DnE9m. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.003246/2017-12**. Relator: Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani, 31 de março de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/sessoes/2021/174a-sessao-ordinaria>; <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/sessoes/2021/175a-sessao-ordinaria>; Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento Interno do Cade**. Brasília: Cade, 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-05-2021.pdf>. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal (5. Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção). **Nota Técnica nº 01/2017**. Brasília: 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 7.074 QO/DF – Distrito Federal**. Relator: Min. Edson Fachin, 3 de maio de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur384341/false>. Acesso em: 2 mar. 2021.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. **A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa**. A&C -Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte: Fórum, v. 17, nº 67, jan./mar. 2017.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. **Direito Concorrencial, V. II. Coleção Tratado de Direito Empresarial**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

- GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LIMA, Márcio Barra. A atuação do Ministério Público Federal junto ao Cade. **Revista Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 6, n 1, p. 5-23, maio 2018.
- MARRARA, Thiago. Acordos no Direito da Concorrência. **Revista da Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 8, n 2, p. 78-103, dez. 2020.
- MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis**: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Singular, 2013.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed. atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, t. 1, 2000.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE); BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (BID). **Lei e Política da Concorrência no Brasil**: Uma Revisão pelos Pares. 2010. p. 43. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>. Acesso em: 8 mar 2021.
- _____. **Lei e Política da Concorrência no Brasil**: Uma Revisão pelos Pares. 2005. p. 48. Disponível em: <http://www.oecd.org/brazil/35684126.pdf>. Acesso em: 8 mar 2021.
- PETTER, Lafayette Josué. **Direito Econômico**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- PIMENTA, Raquel de Mattos. **A construção dos Acordos de Leniência na Lei Anticorrupção**. Editora Blucher: São Paulo, 2020.
- TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira**: Avaliação Crítica, Jurisprudência, Doutrina e Estudo Comparado. São Paulo: Almedina, 2017.

3

TRIBUTAÇÃO E CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE DA EVASÃO FISCAL COMO ILÍCITO CONCORRENCIAL

Tax and Antitrust Law: Tax evasion as an antitrust violation

Vinicius Marques de Carvalho¹

Marcela Mattiuzzo²

RESUMO

São amplamente conhecidos e discutidos os efeitos negativos à concorrência advindos de práticas tributárias. Por vezes, contudo, se assume que tais distorções não constituem ilícitos concorrenciais e que, portanto, não devem ser objeto de *enforcement* pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). O presente artigo analisa a jurisprudência do Cade e do Judiciário sobre a questão e esforços legislativos em determinar o conceito de devedor contumaz, ou regulamentar o artigo 146-A da Constituição Federal. Como conclusão, entende-se que certos ilícitos tributários podem também constituir ilícitos concorrenciais, apresentando para tanto possível filtro para essa análise, calcado na avaliação de (i) reiteração da prática evasiva; (ii) alta tributação e baixa margem de lucro do mercado afetado; (iii) aumento significativo da participação de mercado pela empresa investigada; (iv) correlação entre a maior participação de mercado e a conduta evasiva; e (v) verificação de dano efetivo à concorrência.

Palavras-chave: Infração à ordem econômica; Práticas tributárias; Ilícitos concorrenciais; Competência do Cade.

ABSTRACT

Negative competition effects as a consequence of tax matters are widely known and discussed. Nevertheless, sometimes it is presumed that these distortions do not configure antitrust violations and should not be subjected to the Brazilian Administrative Council for Economic Defense's (CADE) enforcement. This article analyzes CADE's and the Judiciary's case law, as well as legislative efforts to determine the concept of the "recurrent debtor" or to regulate article 146-A of the Brazilian Federal Constitution. It concludes that certain illicit tax practices may also be characterized as antitrust violations punishable by CADE. A filter is then presented for this analysis, based on the assessment

1 Professor de Direito Comercial na Universidade de São Paulo (USP), Sócio de VMCA Advogados. Foi Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Secretário de Direito Econômico e Conselheiro do Cade, além de Yale Greenberg World Fellow. Doutor em Direito Comercial pela USP e em Direito Comparado pela Universidade Paris 1 – Pantheon-Sorbonne. E-mail: viniciusmca@usp.br

2 Doutoranda em direito comercial na Universidade de São Paulo (USP), mestra em Direito do Estado e Bacharel pela mesma instituição, além de Sócia de VMCA Advogados. Foi visiting researcher na Yale Law School, assessora e chefe de gabinete no gabinete da Presidência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Coordenadora do Núcleo de Direito Concorrencial e Economia Digital na USP. E-mail: marcela@vmca.adv.br

of (i) the reiteration of the evasive tax practices; (ii) the high taxation and low profit margin in the affected market; (iii) significant increase of the investigated company's market share; (iv) correlation between growth in market share and the evasive practice; (v) the verification of effective damages to competition.

Key words: Antitrust law violations; Tax law; Antitrust measures; CADE's competence.

Classificação JEL: H26, K21, L49

Sumário: 1. Introdução. 2. Jurisprudência do Cade sobre práticas tributárias e anticompetitivas. 2.1 Benefícios e incentivos fiscais como vantagem competitiva; 2.2 Sonegações fiscais como vantagem competitiva; 2.3 Outras práticas tributárias como fator de vantagem competitiva; 3. A visão do Poder Judiciário; 4. A visão do Poder Legislativo; 5. Etapas de análise pela autoridade antitruste; 5.1 Reiteração da prática tributária; 5.2 Alta tributação e baixa margem; 5.3 Aumento de participação de mercado; 5.4 Correlação entre prática evasiva e aumento de participação de mercado; 5.5 Dano efetivo à concorrência; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os efeitos de infrações à ordem tributária sobre a economia são certos e conhecidos. Eles abrangem resultados como a queda da arrecadação, o desestímulo ao investimento de longo prazo e a fabricação de produtos de baixa qualidade, entre diversos outros. Tais efeitos são manejados amplamente no bojo da extrafiscalidade (ATALIBA, 1968)³, de forma que o Estado assume a função de utilizar os instrumentos tributários disponíveis para a consecução de finalidades diversas da arrecadação. Por óbvio, esses efeitos da tributação podem ser manejados também por particulares.

Dentre os muitos possíveis efeitos da tributação na economia, vem ganhando destaque o tema concorrencial, e os eventuais impactos de distorções tributárias no ambiente competitivo. Não é por outra razão que a Constituição Federal permite que leis complementares estabeleçam critérios especiais de tributação, com o intuito de diminuir prejuízos à concorrência, conforme dispõe o art. 146-A⁴. A ordem tributária deve sempre se atentar aos possíveis efeitos na concorrência, seja por meio das isenções e benefícios tributários ou pelo descumprimento por parte de particulares de suas obrigações fiscais (SCHOUERI, 2007).

Conforme defendido por Rodrigo Maito da Silveira (2011, p. 41), a ideia de neutralidade tributária "*representa exatamente a aceitação da ideia de que os tributos não são neutros e, em função disso, a sua imposição deve buscar, na medida do possível, evitar ou minimizar efeitos distorcivos em termos concorrenciais*". É nesse contexto que se coloca este artigo, uma vez que busca entender em que medida práticas tributárias podem afetar a concorrência ao ponto de atrair a competência dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e, em especial, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

3 ATALIBA (1968, p. 167-8) assevera que "[a] constituição conferiu competência tributária às pessoas políticas, no Brasil as quais podem exercitá-la plenamente, tendo em vista qualquer finalidade lícita. Não foi dito pela constituição que os tributos só serviriam como fonte de receita".

4 Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

A interface entre concorrência e tributação demanda uma análise detida, que pode ser visualizada em diversos cenários. Neste artigo o enfoque será conferido a eventuais distúrbios concorrenciais que possam surgir de práticas de evasão fiscal por agentes privados, e a viabilidade de entender tais práticas como ilícitos concorrenciais.

Para averiguar a possibilidade de práticas como a evasão fiscal influírem na concorrência, a pesquisa que deu origem a este artigo analisou em um primeiro momento, de forma ampla, decisões do Cade em que se debateu a existência de infrações anticompetitivas decorrentes de práticas tributárias. Tendo em vista que tais práticas não são apenas objeto de análise pela autoridade administrativa, mas também são discutidas no âmbito do Poder Judiciário, estudamos as decisões de cortes superiores e tribunais acerca do assunto. No mais, foram analisados os esforços legislativos que vêm sendo empreendidos para determinar o conceito de “devedor contumaz”, bem como a regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal.

Da análise das decisões da autoridade antitruste e do Judiciário acerca da relação entre tributação e concorrência, restou claro que determinadas práticas tributárias devem ser analisadas pelo Cade como infração à ordem econômica. Portanto, apresentaremos ao fim deste artigo uma proposta para determinar *quais* condutas tributárias efetivamente ferem à ordem econômica e, portanto, devem ser objeto de análise do Cade.

O objetivo deste artigo, assim, é demonstrar que determinadas práticas tributárias também são condutas anticompetitivas, que devem ser combatidas pela autoridade antitruste. O texto busca também ressaltar a necessidade de estudar mais a fundo a relação entre concorrência e tributação, para que possamos atingir maior compreensão sobre as imbricações entre ambas as áreas. Como primeiro esforço nesse sentido, apresentamos proposta para a identificação de infrações tributárias que afetem a livre concorrência e que demandem a atuação do Cade, buscando restringir a atuação da autoridade antitruste a casos em que de fato se observem danos à concorrência decorrentes de infrações e/ou abusos tributários. Isto porque, no exercício da política pública de defesa da concorrência, a autoridade não pode, nem deve, absorver para si um enorme fluxo de demandas tributárias que são perfeitamente bem endereçadas pelas autoridades especializadas e, mais que isso, não representam de fato nenhum dano ao mercado – no máximo podem configurar danos pontuais a concorrentes.

2. JURISPRUDÊNCIA DO CADE SOBRE PRÁTICAS TRIBUTÁRIAS E ANTI-COMPETITIVAS

O primeiro passo empreendido pela pesquisa que deu origem ao presente artigo foi a análise exaustiva de todos os casos julgados pelo Cade entre os anos de 1994 a 2017⁵ que de alguma forma tratavam de matéria tributária, com o objetivo de esclarecer de qual forma a autoridade entende e analisa tais práticas.

Esse levantamento permitiu que chegássemos a algumas conclusões. Primeiramente, foi

5 Os casos aqui analisados vieram de um esforço de mapeamentos doutrinários de precedentes, em pesquisas processuais no sistema online do Cade (SEI) e em levantamentos de precedentes que surgiram – por meio de referências – nos resultados das pesquisas processuais.

possível perceber que, ao ser confrontado com questões referentes a práticas tributárias, no mais das vezes o contorno da análise empreendida pelo Cade é aquele da conduta de preço predatório. Essa conduta, vale anotar brevemente, é aquela em que um agente de mercado pratica propositalmente preços abaixo do custo de produção, com o objetivo de eliminar concorrentes e, posteriormente, explorar o poder de mercado obtido mediante a conduta predatória, estabelecendo preços mais elevados.⁶ É nesse contexto que se insere o Processo Administrativo nº 08012.000668/1998-06, na qual o SESI foi denunciado por comercialização irregular de produtos farmacêuticos mediante gozo indevido de imunidade tributária, potencialmente acarretando prejuízos à concorrência.

Em segundo lugar, as decisões da autoridade antitruste nos permitem notar que quando defronte a distorções tributárias como meio de infração à ordem econômica, o Cade historicamente opta por afastar sua competência.⁷ Alegando que quaisquer distúrbios na concorrência seriam sanados uma vez que essas questões fossem enfrentadas em foro competente – ou seja, o Judiciário, a Receita Federal, ou demais autoridades afeitas à matéria tributária – o Conselho frequentemente entende que não há razão para que seja feita uma análise propriamente concorrencial sobre o assunto. Esse posicionamento fica claro na manifestação pelo arquivamento da Averiguação Preliminar nº 08012.003648 2005-23, que objetivava apurar conduta anticompetitiva da SYL Industrial Ltda., mediante a sonegação fiscal de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). Em sua decisão, o Conselheiro César Costa Alves de Mattos assevera que a distorção no equilíbrio competitivo seria pontual e seria corrigida pela Secretaria de Receita Federal, afastando-se a configuração da conduta.

Em terceiro lugar, como será detalhado no item 2.1 abaixo, foi também possível observar que o Cade já se defrontou com temas tributários que fogem ao escopo da presente análise, pois não são práticas evasivas, mas sim benefícios ou isenções fiscais concedidos pelo poder público que geram alguma forma de diferenciação entre agentes.⁸ Em resumo, o Conselho se posicionou sobre esse tema afirmando que não obstante em diversos casos de fato se observasse um tratamento diverso a alguns agentes – e portanto um impacto na concorrência –, tal diferenciação decorria de uma medida aprovada pelos poderes Legislativo e Executivo, positivada em normas do ordenamento brasileiro. Assim, já fora feita de antemão, durante o processo normativo, uma análise sobre os possíveis malefícios de tais regras para o ambiente competitivo, concluindo-se pelo seu cabimento. Não seria papel do Cade, nesse caso, penalizar empresas que meramente faziam uso de prerrogativas legalmente conferidas.

Assim, a pesquisa que embasa este artigo analisou 20 casos julgados pela autoridade concorrencial, que podem ser subdivididos conforme o exposto acima, cuja proporção de casos analisados

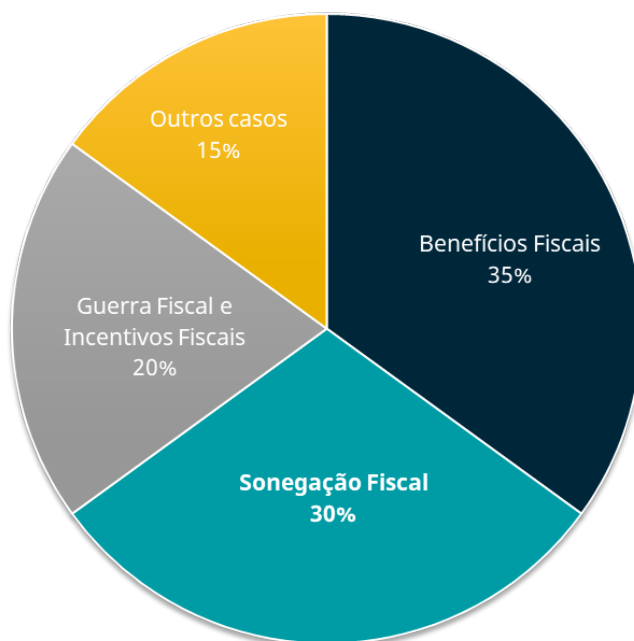
6 Como investigado na Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12, que investigava denúncia de preço predatório a partir de sonegação fiscal contra a Funderg Hipper Freios Ltda. A Averiguação foi arquivada por falta de dados sobre o peso dos tributos nos custos de produção e sobre a redução do volume de produção nas parcelas de mercado dos concorrentes, conforme indicado pela SDE.

7 Vale notar que essa posição não é absoluta. O Cade já considerou que uma infração à ordem tributária pode afetar a concorrência por vias reflexas, como no Processo Administrativo nº 08012.000208/1999-79, e que, portanto, ele em tese teria competência para a análise.

8 Aqui foi realizada uma análise dos casos envolvendo incentivos fiscais e sua configuração e a Guerra Fiscal, como eventuais fontes de distúrbios na concorrência. Para tanto, foram analisados os seguintes processos: Consultas nº 0038/99 e nº 08700.002380/2006-35; Procedimento Administrativo nº 08700.003984/2010-85 e Processos Administrativos nº 08000.018405/1997-11 e nº 08012.007044/1999-00; e Averiguação Preliminar nº 08012.000804/2001-71.

pelo Cade é expressa no gráfico e nos itens abaixo:

Imagem 1 – Subdivisões dos casos do Cade sobre práticas tributárias e anticompetitivas.



Fonte: elaboração própria, a partir de buscas no SEI-Cade.

A seguir, são analisadas as categorias supramencionadas: (i) benefícios e incentivos fiscais, tratadas conjuntamente; (ii) sonegações fiscais e (iii) outras práticas.

2.1 Benefícios e incentivos fiscais como vantagem competitiva

Conforme mencionado, dentro das práticas tributárias investigadas pelo Conselho, destacam-se diversos casos que versam sobre o uso de benefícios fiscais como vantagem competitiva.⁹ Além desses, há também os casos de incentivos fiscais analisados pelo Cade, em que também foram abordados temas como a guerra fiscal.¹⁰

Os benefícios fiscais são concedidos pela Constituição Federal, podendo ser objeto das legislações dos entes federativos. É certo que a concessão de tais benefícios a particulares gera vantagem competitiva. Como dito, porém, é importante notar que as discussões travadas no Cade não tratam de questionar se os benefícios fiscais cedidos são ou não legais, uma vez que esse não é o papel da

9 Os processos aqui analisados foram: Processo Administrativo nº 08000.004542/1997-13, Representante: Sindicatos do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Florianópolis, Tubarão e Região, Criciúma, Itajaí e Joinville, Representada: Sesi (Departamento Regional de Santa Catarina); Processo Administrativo nº 08012.000668/1998-06, Representante: Sinprofar, Representada: Sesi (Departamento Regional do Rio Grande do Sul); Procedimento Administrativo nº 08012.006746/1997-41, Representante: Aberc e Sinserc, Representada: Sesi (Departamentos Regionais de SP, RJ, MG, RS, SC e PR) e Processo Administrativo nº 08000.018405/1997-11, Representante: Abras e Representada: Coperhodia.

10 Aqui foi realizada uma análise dos casos envolvendo eventuais consequências concorrenciais de incentivos fiscais e da Guerra Fiscal. Para tanto, foram analisados os seguintes processos: Consultas nº 0038/99 e nº 08700.002380/2006-35, Procedimento Administrativo nº 08700.003984/2010-85 e Averiguação Preliminar nº 08012.006665/2001-99.

autoridade antitruste, mas sim buscam discutir se eventuais práticas anticompetitivas são implementadas apoiando-se em tais benefícios e, portanto, atraem a competência para análise antitruste.

A conclusão a que chegamos é que, no que se refere a benefícios fiscais como meio de vantagem competitiva, os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) rotineiramente afastam sua competência para averiguar a licitude dos efeitos decorrentes desses benefícios.

Acerca dos demais incentivos fiscais averiguados na revisão de jurisprudência, o Cade optou novamente por afastar sua competência. Assim o fez por entender que tais questões deveriam ser levadas à análise do Judiciário, não estando no rol de condutas abarcadas pela legislação antitruste, mesmo entendendo que isenções tributárias podem afetar a concorrência. Nesse sentido, não há como imputar aos entes federados – no desempenho de suas atividades legislativas ou executivas – infração à ordem econômica, vez que o então artigo 15 da Lei nº 8.884/94 (hoje artigo 31 da Lei nº 12.529/11) não abrange pessoas jurídicas de direito público (SILVEIRA, 2011).

Dessa forma, incentivos e benefícios fiscais podem gerar distorções concorrenciais. No entanto, essas medidas são conferidas pelos poderes legislativo ou executivo, de modo que a autoridade antitruste entende não ser de sua competência averiguar distorções competitivas decorrentes, porque presume que essas considerações foram feitas antes das medidas serem aprovadas. No máximo, a autoridade teria espaço para fazer advocacy concorrencial a fim de apontar as possíveis distorções competitivas, mas não caberia ao Cade punir outro ente público no uso das prerrogativas a ele legalmente conferidas, muito menos agentes econômicos que se utilizam de dispositivos normativos que lhes concedem benefícios fiscais.

2.2 Sonegações fiscais como vantagem competitiva

Denúncias relacionadas a questões tributárias foram também levadas ao Cade versando sobre sonegações fiscais praticadas por agentes de mercado.¹¹ Diferentemente do caso de benefícios ou isenções fiscais, aqui não estamos tratando de condutas praticadas por agentes econômicos por conta de autorizações concedidas pelo próprio poder público, mas sim de condutas praticadas por particulares em descumprimento a obrigações tributárias.

O que foi possível observar pela revisão de jurisprudência é que não existe entendimento unitário a respeito da competência da autoridade antitruste para tratar de tais casos. Vê-se que, em algumas oportunidades, o Conselho optou por negar sua competência ao entender que as distorções no mercado provocadas pela sonegação fiscal eram delimitadas no tempo. Aqui, destaca-se a constatação feita pela Secretária de Direito Econômico na denúncia contra a SYL Industrial Ltda., acerca do impacto concorrencial do descumprimento de obrigações tributárias:

“[...] acabam resultando em uma redução artificial dos custos da empresa, ou em uma ‘vantagem competitiva’ ilicitamente obtida, que viabilizam o desenvolvimento desse agente econômico em prejuízo dos concorrentes.

11 Foram analisados: Processos Administrativos nº 08012.000208/1999-79 e nº 08012.007104/2002-98; Averiguações Preliminares nº 08700.002374/1999-33, nº 08012.002528/2001-85, nº 08012.003648/2005-23, nº 08012.004657/2006-12.

[...] As referidas situações caracterizam-se por uma irregularidade jurídica delimitada no tempo. Espelham casuísticas excepcionais que destoam da legalidade. Sendo assim, a partir do momento que a normalidade jurídica é restabelecida, reconstituem-se também as condições concorrenciais habituais”¹²

Entendimento praticamente idêntico a esse é veiculado pelo Cade em seu site institucional, na sessão de perguntas frequentes, em que pretende responder se a autoridade tem competência para atuar em casos de descumprimentos de mandamentos legais. A resposta do órgão é categórica: a sonegação fiscal pode resultar em uma “redução artificial dos custos de uma empresa, ou em uma vantagem competitiva ilícitamente obtida [...] em prejuízo dos concorrentes”¹³

É inevitável concluir, portanto, que em regra o Cade entende que não tem competência para analisar distúrbios oriundos de práticas tributárias. Como alguns casos demonstram, no entanto, quando a autoridade antitruste avança a etapa de análise de sua competência e se engaja numa análise concorrencial da questão, comumente o faz sob a ótica de preço predatório.

Esse entendimento fica claro na Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12, na qual se analisava se as empresas Funderg Hipper Freios Ltda., Invicta Vigorelli Metalúrgicos Ltda., Metalúrgica D. S. Ltda. e Sada Siderúrgica Ltda. estavam praticando preços predatórios mediante a sonegação fiscal. Na análise de mérito do caso, arquivado por falta de provas, a SDE afirmou:

“De acordo com o descrito acima, não está suficientemente claro nos autos qual foi o impacto da redução dos custos de produção, decorrentes da não emissão de notas fiscais, no market share dos concorrentes, nem há elementos nos autos que confirmem que o mercado ora analisado apresente características de entrada, oferta, financiamento e relações de preço/custo que permitam concluir-se por uma estratégia racional de eliminação de concorrentes mediante prática de preço predatório.”

Nesse sentido, na medida em que há uma série de dificuldades de configurar uma conduta de preço predatório em concreto – já que a investigação demanda uma exaustiva análise qualitativa e quantitativa do mercado relevante e da estrutura de custos da empresa representada – o Cade, na análise de mérito de condutas predatórias, invariavelmente tem concluído pela sua inexistência.

2.3 Outras práticas tributárias como fator de vantagem competitiva

Existem ainda outros casos analisados pela autoridade antitruste que não se enquadram nas categorias que apresentamos até agora. Da revisão jurisprudencial realizada, constatou-se que já foram analisadas denúncias envolvendo classificação diferenciada na importação, benefícios previstos

12 Averiguação Preliminar nº 08012.003648 2005-23. Representante: Fras-Le S.A. Representada: Syl Industrial. Julgamento: 11/11/2009.

13 Disponível no site: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acessado em 05 de setembro de 2019.

por acordos internacionais e subsídios estatais, crimes tributários e outras práticas fiscais.¹⁴

Nos casos que envolvem classificação diferenciada na importação e subsídios estatais, crimes tributários e outras práticas fiscais, o que se vê é que o Cade opta por afastar sua competência, por entender que a análise de eventuais suspeitas de irregularidades fiscais deveria ser feita pelos órgãos competentes – nos casos analisados, a Receita Federal e o órgão fiscal competente do Estado do Amazonas.

No que se refere a denúncias que envolviam benefícios previstos por acordos internacionais, a análise foi feita na denúncia contra a Sociedade Anônima Empresa Marítima - Emprepar S.A. (“Emprepar”) por supostas práticas anticompetitivas levadas a cabo por meio da subcotação de fretes, que tinha como suposto objetivo falsear a concorrência e dominar o mercado relevante de bens ou serviços. O arquivamento deste caso foi motivado por análise concorrencial empreendida baseada em preço predatório, na qual se constatou que a entrada no mercado era provável e que não haveria, portanto, racionalidade econômica na conduta. No mais, a autoridade ainda afirmou que os preços praticados pela Representada não foram inferiores aos custos incorridos na produção.

3. A VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Como destacado anteriormente, a relação entre concorrência e tributação não é apenas alvo de discussões no Cade, mas também no Judiciário¹⁵. Há relevantes considerações tecidas pelas cortes superiores e tribunais brasileiros acerca de práticas tributárias de contribuintes inadimplentes e seus potenciais impactos na concorrência, das quais merecem destaque as manifestações referentes aos “devedores contumazes”.

A relevância da adimplência de obrigações tributárias na preservação da livre concorrência fica clara ao revisarmos decisões que trataram dessa temática. Como amplamente destacado pela jurisprudência analisada, é possível que, em alguns setores, o inadimplemento conceda condições a certos agentes para adquirir poder de mercado e até mesmo excluir concorrentes que não pratiquem o ilícito tributário em questão.¹⁶

Diversas das discussões levadas ao Judiciário e analisadas na pesquisa¹⁷ tratam da aplicação

14 Para tanto, foram analisados os seguintes procedimentos: Averiguações Preliminares nº 08012.005837/1998-4 e nº 08012.001022/2008-25 e Procedimento Administrativo nº 08012.004325/2007-19.

15 A pesquisa selecionou decisões de cortes superiores e tribunais brasileiros que trataram da relação entre concorrência e tributação. Conforme se verá no desenvolvimento desse tópico, analisamos considerações relevantes feitas pelos tribunais sobre a relação entre tributação e concorrência, principalmente no que toca à possibilidade de cassação de registros especiais devido a inadimplência, haja visto o impacto dessa na livre concorrência. Vale destacar, porém, que diferentemente do que foi feito do caso do Cade, a análise aqui empreendida não é exaustiva porque a exemplificação de julgados paradigmáticas era suficiente para o que objetivo aqui colocado.

16 Referimo-nos – especialmente – a setores com alta tributação e baixa margem de lucro, como o de combustíveis e o tabagista.

17 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.952, Recurso Extraordinário nº 550.769/RJ, Ação Cautelar 1.657-MC/RJ, Ação Cautelar: 0003964-56.2013.4.01.3823/TRF-1/MG.

do art. 2º, inciso II, do Decreto-lei nº 1.593/77¹⁸, mais especificamente no que tange à possibilidade de cancelamento dos registros especiais de empresas tabagistas quando observado o descumprimento de obrigação tributária. No âmbito das discussões acerca da constitucionalidade dos cancelamentos, apresentam-se dois lados. O primeiro deles afirma que tal prerrogativa representaria abuso do poder da Administração, configurando sanção política, que é vedada em matéria tributária. O segundo destaca o enorme déficit tributário existente no Brasil e a relevância do cumprimento das obrigações para evitar a concorrência desleal, dada a alta carga tributária em setores como o tabagista.

Neste ponto, é particularmente relevante a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.952, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) foi provocado a se manifestar acerca da cassação de registros especiais de empresas tabagistas. O Partido Trabalhista Cristão (PTC), no âmbito da ADI, questionou as mudanças na legislação que permitiriam o cancelamento do registro sumário de registros especiais, quando apurado pela Receita Federal que o agente econômico em questão descumpria suas obrigações tributárias. Alegava-se que os dispositivos impugnados iam de encontro aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da livre iniciativa. Ainda, afirmava-se que os dispositivos representavam verdadeira sanção política – vedada em matéria tributária – com o objetivo de constranger as empresas a pagar seus impostos.¹⁹ Não obstante o julgamento ainda não tenha sido concluído, considerações relevantes para a análise aqui pretendida foram tecidas no processo.

Por meio da Consultoria-Geral da União, o Presidente da República ressaltou que a inadimplência tributária ofereceria condições para que empresas devedoras viessem a dominar o mercado, risco esse aprofundado pela alta carga tributária incidente no setor tabagista, vez que a atividade não é incentivada pelo Estado, apenas tolerada. Assim, o entendimento firmado pelo Presidente foi de que o cancelamento sumário não representaria violação alguma; pelo contrário, garantiria a livre concorrência e, por consequência, a não eliminação de concorrentes que estão em dia com suas obrigações tributárias.²⁰ O Advogado Geral da União reforçou esse entendimento, ressaltando que a permanência dessa situação de inadimplência provocaria efeitos perversos ao mercado, propiciando a concorrência desleal. Além disso, ressaltou que tal situação poderia estimular a evasão fiscal, haja vista que concorrentes idôneos poderiam ser incentivados a não cumprir com suas obrigações tributárias.

O Ministério Público Federal também constatou que a inadimplência concederia às empresas inadimplentes vantagens competitivas ilegítimas, que, além do risco aos concorrentes adimplentes, propiciaria a comercialização de produtos por preços abaixo do custo, com reflexos inclusive sobre a

18 Art. 2º O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos:

II - não-cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal;

19 Ressalta-se que o próprio STF em suas súmulas 70, 323 e 547 rechaça a prática de sanção política em matéria tributária. Respetivamente, as súmulas dispõem sobre a inadmissibilidade da interdição de estabelecimento, de apreensão de mercadorias e da proibição de exercício de atividades profissionais como meios coercitivos para pagamento de tributos.”

20 Petição do Advogado Geral da União na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.952.

política de redução dos riscos de doenças.²¹

Nas discussões decorrentes da ADI, foram levantadas outras questões concernentes à concorrência por membros da sociedade civil. Por um lado, se reconhecia que o descumprimento das obrigações tributárias permitia diminuição relevante dos custos das empresas inadimplentes. No entanto, aqueles que defendiam a inconstitucionalidade da cassação sumária alegavam – no que tange aos efeitos concorrenciais da inadimplência – que existem mecanismos específicos destinados à proteção da livre concorrência, fora do âmbito tributário. Ainda, alegavam que a inadimplência de pequenas empresas de cigarro não seria capaz de representar verdadeiro risco à concorrência, e assim, na ponderação entre os efeitos deletérios à concorrência e ao possível desacato aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da livre iniciativa, a preservação desses últimos deveria ser prioritária.

O então Ministro-relator da ADI, Joaquim Barbosa, deu parcial provimento à ação, estabelecendo no voto, a partir da interpretação de acordo com a Constituição Federal, condições para que a cassação dos registros das empresas acontecesse, servindo inclusive de parâmetro para discussões judiciais em outros setores econômicos. Os requisitos seriam: (i) à relevância dos débitos apurados em relação ao porte das atividades desenvolvidas pela empresa, (ii) a observância do devido processo legal no controle da validade da punição e (iii) a apuração do devido processo legal no controle da validade dos créditos tributários. Para o relator, observadas essas três condições, não haveria sanção política na cassação sumária e, portanto, ela seria permitida.

O Ministro Cezar Peluso, em seu voto, ressaltou que o caso em questão não se tratava de ação tributária comum, pois, devido a especificidades do setor, o não pagamento dos tributos poderia comprometer a livre concorrência. A Ministra Carmen Lúcia, que havia pedido vista do processo em 2010, proferiu voto acompanhando o relator em 2018. Para ela, o entendimento proposto por Barbosa: “equaliza os princípios da livre iniciativa econômica lícita, da livre concorrência, conciliando com a garantia do devido processo legal tributário e da inafastabilidade da jurisdição, com o dever do contribuinte de cumprir suas obrigações tributárias”.

Apesar das considerações firmadas, devido à complexidade do julgamento, a então presidente do Supremo Tribunal Federal adiou a proclamação do resultado. O julgamento está marcado para 10 de junho de 2021.

O caso envolvendo a American Virginia foi outro processo que pautou a constitucionalidade do cancelamento de registros especiais em vista de descumprimento de obrigações tributárias. Após um acordão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que reconhecia a constitucionalidade do cancelamento, a empresa, mediante o Recurso Extraordinário (RE) nº 550.769/RJ, alegou que se verificava a ocorrência de sanção política em matéria tributária, que restringiria o direito fundamental do exercício de atividade econômica ou profissional lícita. O plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o inadimplemento reiterado das obrigações tributárias afrontava a livre concorrência, sendo razoável, portanto, o cancelamento do registro pela Receita Federal.

Como dito, o não cumprimento das obrigações tributárias confere variação relevante entre o lucro e o faturamento de cada empresa. Na análise do RE, o Ministro Cezar Peluso entendeu, inclusi-

21 Parecer do Ministério Público Federal, página 8, apresentado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.952 (fl. 222).

ve, que os procedimentos extrafiscais previstos no art. 2º, inciso II, do Decreto-lei nº 1.593/77 teriam como objetivo a defesa da livre concorrência.²² No que tange à racionalidade econômica da conduta, apurou que havia indícios de que a empresa usava do inadimplemento como estratégia empresarial para adquirir vantagens competitivas.

Após a análise cautelar, no julgamento definitivo do RE, a maioria dos ministros seguiu o Ministro Relator Joaquim Barbosa e negou provimento ao recurso apresentado pela empresa. Isto porque se entendeu constitucional a cassação dos registros especiais desde que cumpridos os requisitos firmados na ADI 3.952 (a relevância do valor do débito tributário, a manutenção do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade e de controle da validade dos créditos tributários)²³. O Ministro Joaquim Barbosa ressaltou também que para ser considerada sanção política a cassação teria que estar em desacordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o que não se verificou no caso concreto. Ainda, segundo o Ministro relator, a norma representava mecanismo de proteção contra o descumprimento reiterado das obrigações tributárias. Necessária, portanto, a aplicação do Decreto-lei nº 1.593/77, diante da concretude dos descumprimentos apurados e da ineficácia dos instrumentos ordinários.

O Ministro Gilmar Mendes apresentou voto divergente e opinou pela inconstitucionalidade da aplicação da norma, por concordar com a tese de que se tratava de sanção política, vedada em ordem tributária. Para o Ministro, que restou vencido, a cassação do registro iria de encontro ao disposto nas Súmulas 70, 323 e 547 do próprio STF. Mesmo proferindo tal decisão, Mendes reconheceu os prováveis riscos à livre concorrência na conduta da American Virginia, mas afirmou que este, por si só, seria insuficiente para assegurar a constitucionalidade da medida²⁴

Assim, fica claro que as discussões acerca da constitucionalidade e regularidade da cassação dos registros especiais no Judiciário tendem a ter a defesa da concorrência como ponto central de debate, mesmo nas ocasiões em que a cassação é tida como inconstitucional. Evidente, portanto, a relevância de se verificar a intersecção entre tributação e concorrência, e de se refletir sobre formas de compatibilizar normas atinentes a ambos os temas.

4. A VISÃO DO PODER LEGISLATIVO

22 *“Não se trata aqui de reduzir a defesa da liberdade de concorrência à defesa do concorrente, mas apenas de reconhecer que o fundamento para a coibição de práticas anticoncorrenciais reside na proteção a ‘ambos os objetos da tutela: a lealdade e a existência de concorrência’.*”

23 Joaquim Barbosa entendeu que os três requisitos foram cumpridos, e foi seguido pela maioria. Isso porque o valor do débito tributário em aberto podia ser considerado relevante, mais de R\$ 700 milhões foram atribuídos à empresa. No que toca a manutenção do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade, Barbosa entendeu que *“o risco à efetividade da tutela jurisdicional relativa ao cancelamento do registro especial arrefecia com o julgamento do mérito da questão que se operava na ocasião, que esgotava a expectativa juridicamente relevante de reversão da penalidade justamente por tratar-se de controle de constitucionalidade incidental em sede extraordinária”.* Por fim, no cumprimento do último requisito, o ministro relator entendeu que a empresa não foi capaz de apresentar as razões pelas quais descumpria suas obrigações tributárias sistematicamente, o que permite que a Receita Federal presuma a má-fé por parte dos administradores.

24 Voto divergente do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 550.769/RJ. O ministro, portanto, apesar de reconhecer os riscos da situação em voga para a livre concorrência, diverge do entendimento antes firmado por Peluso no julgamento da Ação Cautelar 1.657-MC/RJ no sentido de que os procedimentos extrafiscais previstos na cassação dos registros especiais teriam como objetivo a defesa da livre concorrência.

No âmbito do Poder Legislativo, vemos que a relação entre concorrência e tributação é posta em duas agendas, quais sejam (i) as propostas de regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal e (ii) as tentativas de entes federativos de caracterizar certos agentes econômicos como devedores contumazes.

Tratemos primeiramente dos esforços das legislações estaduais para definir os “devedores contumazes” e os regimes especiais que poderiam ser a eles aplicados. A pesquisa foi capaz de observar a existência de duas linhas argumentativas principais em relação à edição de tais dispositivos legais: de um lado, há quem defenda que os dispositivos são necessários para a defesa da livre concorrência e para o combate da evasão fiscal; e, por outro, há aqueles que veem essas legislações como ferramentas à disposição do Fisco para aplicar de maneira arbitrária sanções políticas. Ou seja, as discussões acerca dos devedores contumazes na esfera legislativa se assemelham àquelas travadas no Judiciário, quando confrontado com a cassação e/ou o cancelamento de registros.

A análise pormenorizada das legislações estaduais que pretendem definir regimes especiais por agentes econômicos considerados devedores contumazes²⁵ permite-nos algumas outras conclusões. De pronto, infere-se das legislações revisadas que os dois critérios comumente utilizados para a caracterização dos devedores contumazes se referem (i) ao valor do débito acumulado e (ii) à duração da inadimplência. Com base nesses dois critérios, cada estado estabelece os valores e a quantidade de tempo que considera apropriado para a aplicação de regimes especiais, além de considerarem o faturamento das empresas devedoras e o reconhecimento dos débitos.

As espécies de regimes especiais divergem em cada ente federativo, envolvendo obrigações distintas que vão desde a exigência do pagamento antecipado do ICMS na entrada ou saída de mercadoria, o impedimento de utilização de benefícios ou incentivos fiscais relativos ao ICMS, o cancelamento da inscrição no cadastro de contribuintes do ICMS – CAD/ICMS, até a inclusão em programas de fiscalização, entre outras medidas. Além disso, alguns entes federativos preveem em suas legislações a divulgação de uma lista de devedores contumazes por parte da Secretaria da Receita Federal.

Foi possível constatar que a formulação dessas normas tem como fundamento a defesa da livre concorrência, a fim de impedir os efeitos deletérios que a inadimplência de obrigações tributárias pode aferir a agentes econômicos idôneos. Isso fica claro, por exemplo, com a declaração de Ernesto Toniolo, Coordenador da Procuradoria Fiscal do Estado do Rio Grande do Sul: “o intuito da lei não é o de aumentar a arrecadação. É muito mais uma lei de proteção à livre concorrência e à concorrência justa. Nestes casos, realmente as empresas perturbam o mercado não pagando os tributos”²⁶.

Por conta de tal declaração, e também por ter sido alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.854, proposta pelo Partido Social Liberal (PSL), o Decreto nº 48.494/2011, do Rio Grande do Sul merece especial atenção.

No âmbito da ADI, considerações importantes a respeito da livre concorrência foram feitas.

25 Lei nº 19.665/2017, de Goiás; Lei nº 13.199/2014, da Bahia e Decreto nº 48.494/2011, do Rio Grande do Sul, e a ADI nº 4.854.

26 Para mais informações, conferir MENGARDO, Bárbara; COURA, Kalleo. Estados fecham cerco aos devedores contumazes. Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/estados-fecham-cerco-aos-devedores-contumazes-03052017>. Acesso em 05 set. 2019.

O PSL alegava que o decreto iria de encontro ao princípio do trabalho e do comércio, da legalidade, da igualdade, entre outros. O procurador-geral da República entendeu que a aplicação de regime especial aos devedores contumazes não era inconstitucional e, ainda, que evitaria concorrência desleal entre agentes econômicos, por meio da sonegação tributária. No mais, ressaltou que aplicar o mesmo regime tributário para devedores contumazes e empresas idôneas privilegiaria os primeiros, ofendendo, portanto, a livre concorrência, na medida em que daria aos devedores considerável e ilegítima vantagem competitiva.

A outra agenda objeto da análise aqui empreendida talvez seja a mais relevante para os objetivos firmados na tese inicial, pois trata da regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal que, como dito, autoriza o estabelecimento de regimes tributários especiais, por parte do legislador, para prevenir distúrbios à concorrência.

No âmbito da discussão acerca da regulamentação do artigo 146-A da Constituição Federal, o PLS nº 284/2017, de autoria da Senadora Ana Amélia (PP/RS), faz considerações relevantes acerca dos impactos concorrenciais de diversas práticas tributárias. Se o projeto for aprovado, todos entes federativos poderão estabelecer, mediante legislações específicas, diversos critérios especiais para o adequado cumprimento de obrigações tributárias, com o claro intuito de coibir práticas contrárias à concorrência.

A proposta enfatiza as consequências danosas ao mercado de práticas tributárias como a utilização de medidas judiciais para afastar a tributação, a sonegação fiscal, o não pagamento sistemático de tributos e a adulteração de produtos, dentre outras. Ainda, ressalta que em mercados marcados pela alta tributação, como o tabagista e o de combustíveis, a sonegação fiscal mediante tais práticas inviabiliza a concorrência entre empresas em dia com suas obrigações tributárias e empresas inadimplentes, oferecendo para as devedoras vantagem ilegítima.

Nesse cenário, o PLS destaca a ineficiência de meios tradicionais de controle fiscal no combate de práticas tributárias deletérias à concorrência e esclarece que o art. 146-A da Constituição Federal teria sido pensado exatamente para permitir a instituição de regimes especiais de tributação que impeçam a utilização de tributo como instrumento de desequilíbrio concorrencial. Após a inclusão desse dispositivo na Constituição Federal, o STF passou a admitir restrições à livre iniciativa, quando necessárias para proteger a livre concorrência e impedir a competição desleal, considerando que a adoção de medidas não tradicionais com o intuito de forçar o pagamento dos tributos devidos são constantemente questionadas judicialmente, com base nas já citadas Súmulas do STF que impedem a utilização de “sanções políticas”.

Na visão da senadora Ana Amélia, os instrumentos atuais para coibição de práticas tributárias com efeitos anticompetitivos não têm sido eficazes. Necessário, portanto, que medidas administrativas possam ser tomadas para coibir e evitar a proliferação das referidas práticas ilícitas em tempo de evitar seus efeitos deletérios. O projeto ainda argumenta que, na ausência de lei complementar regulando o dispositivo 146-A, os entes federativos poderiam legislar sobre a questão em seus territórios; o que, por consequência, provocaria insegurança jurídica derivada do risco de regulamentação conflitante – como tem acontecido, conforme já mencionado.

Vale destacar que o PLS, que já se encontra em tramitação, recebeu em novembro de 2018 um parecer favorável – com emendas – da Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), de relatoria do

Senador Ricardo Ferraço, que resultou na edição de um projeto substitutivo. Nessa manifestação, o Senado destacou que o objetivo do dispositivo constitucional é evitar distúrbios concorrenciais provocados pelos contribuintes, não se referindo a eventuais incongruências provocadas pelo Fisco ou pela norma tributária. O parecer também destacou que os critérios especiais de tributação incidiriam sobre os tributos indiretos, afastando assim os tributos incidentes sobre a renda, o lucro, a movimentação financeira ou o patrimônio. Ademais, a CAE também se preocupou em distinguir os setores econômicos que poderão ser alcançados pela lei complementar.²⁷

Uma outra alteração veio quando o substitutivo buscou acrescentar emenda que esclarece que a aplicação do dispositivo não substitui os meios tradicionais de tributação. Mesmo nos casos envolvendo agentes que possuem débitos provenientes de inadimplência eventual ou reiterada de obrigações fiscais, desde que não provoquem distúrbios concorrenciais, prevalecem os meios regulares de cobrança de tributos. Essa emenda é particularmente importante porque nasce da preocupação em diferenciar devedores eventuais, reiterados e contumazes – elemento que, conforme será visto abaixo, é essencial na delimitação dos efeitos anticompetitivos da prática.

Depois da manifestação da CAE, o PLS seguiu para a Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle de Defesa do Consumidor (CFTC), que apresentou em dezembro de 2018 parecer favorável ao PL na forma do substitutivo apresentado pela CAE, com oito subemendas. O parecer reafirmou o entendimento anterior, reforçando que o objetivo do projeto deve ser a criação de instrumentos que permitam neutralizar – na origem – práticas de inadimplemento tributário que possam provocar distúrbios concorrenciais.

Por fim, a CFTC apontou alguns dispositivos do substitutivo que precisariam de aperfeiçoamento. Nesse ponto, as sugestões colocadas pela comissão que merecem destaque, na medida em que concernem diretamente a concorrência, se referem (i) à inclusão do setor de bebidas alcoólicas em geral entre aqueles que a lei complementar reconhece que há desequilíbrio concorrencial provocado pela inadimplência de obrigações fiscais; (ii) à observância do previsto no parágrafo 4º, art. 24 da Constituição Federal²⁸, ao invés da manutenção dos critérios especiais instituídos pela União anteriormente à vigência da Lei Complementar, com o objetivo de prevenir distúrbios na concorrência, previsão essa instituída no artigo 5º do substitutivo da CAE.

O PLS nº 284/2017 não é a única iniciativa legislativa com o intuito de regulamentar o art. 146-A da Constituição Federal. O PLS nº 161/2013, hoje arquivado, foi apresentado pelo então senador Delcídio de Amaral (PT/MS), e também possuía o objetivo de sanar os efeitos deletérios a concorrência que decorrem do não pagamento de tributos por parte de contribuintes. Além disso, vale destacar que o projeto previa a cooperação entre a administração tributária e os órgãos do SBDC, destacan-

27 Desse modo, ficariam incluídos no escopo de aplicação da lei os produtores, importadores e comerciantes de: “I - combustíveis e biocombustíveis; II - cervejas e produtos classificados nos códigos 20.09; 21.06.90.10 Ex 02; 22.01 e 22.02 da TIPI; III – cigarros que contenham tabaco e IV – outros tipos de produtos mediante requerimento de entidade representativa do setor ou de órgão com competência para defesa da concorrência, desde que atendidas as seguintes condições cumulativas: a) a carga tributária seja, no mínimo, equivalente ao percentual de lucro adotado para o setor na apuração do imposto de renda por lucro presumido; b) haja indícios de desequilíbrio concorrencial causados pela inadimplência tributária.” Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos (“CAE”), sob relatoria do Senador Ricardo Ferraço no o PLS nº 284/2017.

28 Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

do que tais órgãos deveriam combater e investigar distúrbios concorrenciais tributários, dado que questões dessa natureza não seriam competência exclusiva da administração tributária, tampouco do Judiciário. No que toca à previsão da colaboração entre a autoridade antitruste e a administração tributária, antes do arquivamento, a CAE sugeriu a supressão desse dispositivo, por entender que ele equiparava o distúrbio concorrencial tributário à infração à ordem econômica e, para tanto, seria necessário que o tipo fosse definido no artigo 36 da Lei nº 12.529/11.

Pela análise de propostas acima elencadas, fica claro que a preocupação com os efeitos concorrenciais de infrações tributárias atinge também o poder legislativo, motivando a proposição de projetos de regulamentação do art. 146-A, bem como a definição de regimes especiais para os devedores contumazes por parte dos entes federativos. Apesar das legislações estaduais acerca da aplicação de regimes especiais mostrarem resultados satisfatórios, conclama-se – como visto nos projetos propostos no Senado Federal – a necessidade de qualificar a figura dos devedores contumazes a nível federal, para evitar legislações conflitantes, bem como a importância da atuação dos órgãos da SBDC no combate às infrações concorrenciais tributárias.

5. ETAPAS DE ANÁLISE PELA AUTORIDADE ANTITRUSTE

Como visto da exposição acima, é certo que certas práticas tributárias podem infringir a ordem econômica e que, portanto, ao menos em tese, tais práticas são passíveis de análise enquanto ilícitos antitruste. O Cade já se manifestou no sentido de confirmar sua competência nos casos envolvendo distúrbios concorrenciais decorrentes de práticas tributárias em mais de uma ocasião²⁹ e a jurisprudência da autoridade reconhece que diversas práticas tributárias podem infringir a ordem econômica. Desse modo, eventuais efeitos concorrenciais de práticas tributárias são passíveis de análise e repressão pelo SBDC, o que é reforçado pelo fato de que os incisos do art. 36 da Lei nº 12.529/11 tipificam infrações à ordem econômica a partir de seus efeitos, independentemente do formato que assumam – ou seja, toda e qualquer prática que gere os efeitos deletérios à concorrência estipulados na legislação pode (e deve) ser punida enquanto tal.

No entanto, não é razoável, tampouco viável, que todo ilícito tributário seja alvo de análise do Cade. Desse modo, uma questão essencial a ser enfrentada diz respeito à delimitação das hipóteses de análise de infrações concorrenciais diretamente relacionadas a práticas tributárias, que efetivamente seriam objeto de análise pela autoridade antitruste.

A importância dessa discussão, como já destacado, reside no fato de que os tributos interferem na alocação de recursos, compõem o sistema de preços no mercado e reduzem a renda e o patrimônio de particulares. De tal modo, se a tributação for aplicada de maneira diferente sobre agentes em situações similares, um distúrbio concorrencial não apenas é possível, mas provável, tendo em vista a importância da observância do princípio da neutralidade tributária. Considerando que os tributos representam fonte de recursos para o Estado, esses podem influir diretamente na economia,

29 Servem de exemplo os já citados Processo Administrativo nº 08000.004542/1997-13. Representante: Sindicatos do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Florianópolis, Tubarão e Região, Criciúma, Itajaí e Joinville. Representada: Serviço Social da Indústria (“Sesi”) – Departamento Regional de Santa Catarina; e o Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98. Representante: Nereu Crispin e Nilppa Comercial de Materiais de Construção Ltda. Representada Sociedade dos Mineradores de Areia do Rio Jacuí Ltda (“Smarja”).

afetando o equilíbrio do mercado, mediante sua função alocativa ou distributiva. Por tudo isso, não surpreende que a preocupação com a livre concorrência esteja presente na formulação de normas tributárias, na medida em que aceitamos que a tributação *per se* não é concorrencialmente neutra, vez que afeta a alocação de recursos estatais. Conseqüentemente, práticas de evasão fiscal tendem a maximizar os efeitos concorrencialmente deletérios trazidos pelos tributos (SCHOUERI, 2005).

Tanto a jurisprudência do Cade quanto decisões judiciais já apontaram que diversas práticas tributárias, inclusive legislativas, podem estar na origem de distúrbios concorrenciais. Vale observar, no entanto, que a doutrina majoritária entende que a Lei nº 12.529/11 apenas é aplicável ao Poder Público quando do exercício da atividade econômica. Sendo assim, não cabe ao Cade analisar casos em que o Estado atua na implementação de políticas públicas, na concessão de incentivos fiscais e na situação conhecida como “Guerra Fiscal”. Portanto, entendemos que as práticas a serem analisadas pela autoridade concorrencial serão necessariamente condutas de agente econômicos.

Dentre as práticas tributárias possivelmente exercidas por particulares, a evasão fiscal é a mais dolosa. Para Antonio Claudio Mariz de Oliveira (1996, p. 109), a evasão fiscal pode se manifestar através da sonegação fiscal propriamente dita ou mediante a inadimplência reiterada de tributos. Ela consta como prática de agentes econômicos com o objetivo de evitar, reduzir ou retardar o pagamento de tributos após a ocorrência do fato gerador. Essa situação é agravada, pois não raramente empresas utilizam a evasão fiscal como estratégia competitiva, quase como parte de sua política comercial.

Para que o Cade possa analisar e julgar casos de evasão fiscal enquanto ilícito antitruste, propomos que algumas características específicas devem ser imprescindivelmente e cumulativamente identificadas. São elas: (i) a reiteração da prática tributária, (ii) os mercados em questão devem possuir alta tributação e baixa margem de lucro, (iii) o aumento significativo da participação de mercado, (iv) correlação entre a maior participação de mercado e a conduta evasiva e (v) verificação de dano efetivo à concorrência.

5.1 Reiteração da prática tributária

Há dois pontos norteadores para a análise dessa primeira etapa: primeiro, deve restar demonstrada a adoção de prática dolosa com a intenção de afastar, reduzir ou atrasar o cumprimento de obrigações tributárias. Em seguida, faz-se necessário que se observe que a prática de evasão fiscal é efetivamente reiterada.

No que se refere ao primeiro ponto, vale retomar a discussão realizada no STF nos casos em que a corte analisou a constitucionalidade do cancelamento de registros de funcionamento de empresas tabagistas. No âmbito das discussões aqui apresentadas, o tribunal é compelido a indagar se existe um mínimo de plausibilidade nas razões do contribuinte para inadimplir. A prática dolosa apenas fica caracterizada se existirem indícios de que o agente econômico efetivamente age de má-fé.

Uma questão importante que se coloca nesse contexto diz respeito à necessidade ou não de decisão judicial transitada em julgado que caracterize a ocorrência de infração tributária ou penal – e se essa seria uma condição *sine qua non* para que a autoridade concorrencial pudesse prosseguir

com sua análise. Entendemos que, da mesma forma que o ilícito de cartel pode também configurar crime perante lei específica, mas pode ser analisado no âmbito administrativo de maneira independente, uma conduta não precisa ser cabalmente definida como ilícito tributário para que possa ser investigada pelo Cade, desde que, é claro, seus efeitos estejam previstos no art. 36 da Lei nº 12.539/11.

Aqui destaca-se o pensamento de Silveira (2011, p. 151), no sentido de que condicionar a investigação de infração à ordem econômica à conclusão de processos judiciais ou administrativos corresponde na prática à efetiva inviabilização da análise e posterior repressão de tais infrações. Isso porque tais averiguações podem levar anos, fazendo com que efeitos à concorrência sejam dificilmente revertidos e que ocorra a normalização de uma conduta ilícita, já que não são impostas consequências aos agentes infratores.

No que se refere ao segundo ponto, ou seja, a constatação cabal da reiteração, é preciso, por óbvio, demonstrar que a conduta é frequente e não pontual. Como visto, apesar dos esforços de alguns entes federativos em definir a figura dos devedores contumazes, não existe um consenso na delimitação no tempo do que poderia configurar uma prática evasiva tributária reiterada. Embora inexista a instrução de um procedimento para a constatação de que determinada prática evasiva é reiterada, o objetivo dessa investigação é demonstrar a relevância dos débitos tributários. Desse modo, fica clara a importância das iniciativas legislativas dos estados, bem como a regulamentação do art. 146-A da Constituição Federal, para eventualmente pavimentar a delimitação temporal da conduta evasiva. Por outro lado, no que toca à determinação de um valor para que seja caracterizado um débito tributário relevante, entendemos que a análise deve ser realizada no caso concreto, considerando a margem de lucro do mercado relevante em questão.

5.2 Alta tributação e baixa margem

Superada a primeira etapa do filtro, passa-se a verificar se o mercado em questão possui alta tributação e baixa margem de lucro. O risco em mercados com tais características é que, na medida em que a margem do produtor já é pequena e no mais das vezes a carga tributária é um elemento de custo muito relevante, a reiteração da prática evasiva leve a que os produtos dos agentes inadimplentes sejam vendidos por preços que simplesmente não podem ser oferecidos por concorrentes que estejam em dia com suas obrigações tributárias.

Ora, como demonstrado nas discussões levadas ao Judiciário, em mercados como o tabagista e o de combustíveis – em que imperam alta tributação e baixa margem de lucro – a reiteração da prática de evasão fiscal pode inviabilizar a concorrência para agentes econômicos adimplentes, se restar demonstrado que a vantagem financeira obtida através da inadimplência tributária é repassada ao preço final do produto ou serviço oferecido em dado mercado.

Vale ressaltar que para a caracterização de infração à ordem econômica faz-se necessário que a vantagem obtida através da conduta seja repassada para uma vantagem propriamente (anti) competitiva. Quer dizer que não é suficiente que apenas seja observado um ganho de receita decorrente da prática evasiva, pois nesse cenário o prejuízo estaria restrito ao Fisco – na medida em que parte da receita do governo é diminuída em virtude da inadimplência. Se não há uma efetiva alteração dos preços no mercado devido à sonegação, não se identifica dano à concorrência, de modo que não há também como caracterizar tal conduta como infração à ordem econômica.

5.3 Aumento de participação de mercado

Na terceira etapa, os esforços se voltam para verificar se houve de fato aumento significativo de participação de mercado pelo agente investigado. A observância desse fato é essencial para a análise pretendida, vez que, ainda que não seja condição suficiente, é etapa necessária para demonstrar os efeitos da conduta investigada e os potenciais danos à ordem econômica que ela pode provocar.

Para que tal análise seja feita, é importante, em primeiro lugar, ter clareza do mercado relevante em que o produto ou serviço ofertado pela empresa praticamente da conduta evasiva se insere. Por exemplo, uma empresa do mercado de combustíveis pode ofertar vários produtos aos consumidores finais, como diesel, gasolina, etanol etc. Caso essa empresa pratique evasão fiscal, é possível que ela seja capaz de reduzir o preço de vários desses produtos, ou ainda que opte por concentrar toda a redução de custos alcançada pelo não pagamento de tributos em um só bem, exatamente a fim de ganhar participação de mercado em relação àquele produto.

Vale observar ainda que a análise aqui não pretende propriamente auferir se, em termos antitruste, a prática evasiva foi capaz de conferir ao agente econômico posição dominante – aquela que, segundo a lei concorrencial, se presume em regra quando o agente atinge 20% de participação de mercado. No entanto, no caso de empresas que alcancem posição dominante por conta das condutas evasivas, podem ser presumidos efeitos deletérios à concorrência, já que o Cade entende, de forma consolidada em sua jurisprudência, que agentes com posição dominante têm condão de causar efeitos unilaterais ao mercado mais significativos.

5.4 Correlação entre prática evasiva e aumento de participação de mercado

A quarta etapa depende da efetiva verificação de correlação entre a prática evasiva e o aumento significativo de participação no mercado. Essa etapa é relevante pois, em alguns casos, é difícil demonstrar que o aumento de participação está diretamente relacionado à má conduta tributária, vez que os agentes econômicos em questão podem argumentar que o aumento é resultado de variados outros fatores, como maior eficiência, redução de outros custos, ganhos de escala, etc.

É exatamente por isso que entendemos que o segundo passo apresentado acima é relevante. Como explicado, partimos da premissa de que o mercado analisado é um mercado de alta carga tributária e baixas margens para os produtores. Sendo assim, em situações normais, a probabilidade de que existam caminhos viáveis de redução de custos, ganhos de escala ou de eficiência, entre outros, é muito reduzida. Não por outra razão, os preços em alguns desses mercados tendem a ser uniformes e a disputa pelo mercado consumidor se dá fundamentalmente via preço – o mercado de combustíveis mais uma vez ilustra essa situação. Ainda que exista um esforço constante das empresas em diferenciar seus produtos, no mais das vezes os fatores determinantes para o consumidor final são o preço e, por vezes, a localização da oferta (em especial no caso de pessoas em deslocamento, que se deparam com oferta reduzida de abastecimento).

Desse modo, fica claro que, a não ser em situações muito excepcionais e provavelmente de fácil identificação pela autoridade antitruste, a correlação entre evasão fiscal e aumento de participação de mercado é forte, pois não se explica precificação em nível muito inferior por outros fatores.

5.5 Dano efetivo à concorrência

Superadas as quatro etapas já descritas, passamos a um último quesito, que é aquele voltado a verificar em concreto se aquela conduta evasiva efetivamente traz danos à concorrência – e, portanto, merece ser analisada pelo Cade. Essa etapa é importante especialmente para filtrar as denúncias de fato passíveis de análise pela autoridade antitruste, posto que só se o dano à concorrência estiver presente podem as práticas ser consideradas ilícitos concorrenciais.

O primeiro aspecto a ser destacado, que merece esclarecimento dado que a jurisprudência do Cade caminha nessa direção, é que a análise das condutas não precisa – e no mais das vezes nem deve – ser feita sob a égide do preço predatório. Isso porque esta análise implica em uma verificação de que o agente econômico cobra por aquele bem ou serviço valor inferior ao custo de sua produção, ou seja, que efetivamente o preço praticado no mercado não é capaz de cobrir os custos. Ocorre que, como a prática que aqui nos interessa é a de evasão fiscal, o que ela implica em concreto é numa efetiva redução do custo de produção, ainda que por meios ilícitos, já que o pagamento do tributo deixa de ser um fator relevante para que a empresa leve o bem ou serviço ao mercado. Ou seja, numa análise de preço predatório, a conclusão seria de que a conduta não resta configurada.

Isso não quer dizer, no entanto, que o dano à concorrência não esteja presente. Ele pode estar, mas precisa ser mesurado por meio da análise de aumento de barreiras à entrada, exclusão de rivais, seleção adversa no mercado, entre outros. Vale novamente destacar que a análise empreendida em sede concorrencial é baseada em efeitos, reais ou potenciais, conforme descrito em seu artigo 36 da Lei nº 12.529/2011.

No que tange ao aumento de barreiras à entrada e à expansão, é possível constatar que a evasão fiscal efetivamente aumenta os custos a serem suportados por agentes econômicos em dia com o Fisco que queiram viabilizar sua entrada no mercado em questão. As empresas que cumprem suas obrigações tributárias em um mercado de alta tributação e baixa margem são incapazes de oferecer preços competitivos; o que inviabiliza sua atuação, ferindo o direito à livre iniciativa.

Além disso, conforme já apontado, a reiteração da prática de evasão fiscal cria incentivos para que outras empresas também passem a inadimplir. Isso porque, em alguns casos, a conduta evasiva é a única alternativa que os concorrentes encontram para permanecer no mercado. Não é exagero dizer que, em certos casos, as empresas que já estão no mercado não possuem outra opção senão inadimplir para não perderem gradualmente participação até serem efetivamente eliminadas.

Em relação à seleção adversa (AKERLOF, 1978), o risco que se corre é que, nos mercados em que as práticas evasivas são difundidas, tenha-se enormes incentivos para que os agentes econômicos reiteradamente desrespeitem as normas legais, ganhando predominância a comercialização de produtos de qualidade inferior. Ou seja, temos uma seleção adversa em dois sentidos: de um lado, selecionam-se as piores empresas, que não respeitam as regras do jogo; de outro, exatamente porque os *players* que continuam prosperando no mercado são os menos qualificados, os produtos ofertados são de menor qualidade.

É importante destacar que o consumidor não escolhe deliberadamente adquirir produtos de qualidade inferior ou que sejam derivados de infrações legais. O que ocorre é que, por conta da assimetria de informação entre produtor e consumidor, estes não têm dados suficientes para avaliar

a qualidade e a legalidade dos produtos. Assim, como a única variável efetivamente transparente que lhes resta é o preço, acabam por simplesmente escolher os bens e serviços mais baratos. Cria-se um ciclo vicioso: na medida em que o consumidor não consegue diferenciar um produto de melhor qualidade, ele só está disposto a pagar o menor preço. Como o produtor de maior qualidade, exatamente por seu produto ser superior, não consegue ofertar de maneira sustentável os bens e serviços a valores equivalentes àqueles dos produtores menos qualificados, ele acaba perdendo mercado. Observando esse movimento de forma reiterada, o que ocorre é uma saída de agentes econômicos mais qualificados, restando no mercado aqueles menos capacitados – por isso a expressão “seleção adversa”. Essa ideia foi elaborada por George Akerlof (1978), que infere que o preço da desonestidade não reside apenas no quanto um consumidor é enganado, mas também inclui a perda incorrida em fazer com que negócios legítimos parem de existir.

Trazendo a ideia para o caso concreto, chega-se ao ponto em que as empresas que cumprem com suas obrigações tributárias enfrentam uma gradual queda da demanda por seus produtos, vez que esses são escolhidos majoritariamente pelo preço. Desse modo, produtos de boa qualidade e agentes econômicos em dia com o Fisco podem vir a ser eliminados do mercado. Os sonegadores beneficiam-se da assimetria de informações, vez que os consumidores não são capazes de identificar imediatamente o motivo ilícito que leva aos preços inferiores, o que faz com que os demais competidores também tenham que apelar para práticas evasivas e para produtos de pior qualidade para que possam se manter competitivos no mercado em questão. Para além do efeito direto de perda de qualidade, os consumidores podem também ser afetados pela diminuição da competição, já que os agentes econômicos que não desejam se engajar nos ilícitos tributários perdem cada vez mais espaço e podem, eventualmente, vir a efetivamente sair do mercado.

6. CONCLUSÃO

Considerando o exposto, entendemos que determinadas práticas tributárias podem estar na origem de distúrbios concorrenciais e, portanto, devem ser caracterizadas como infrações à ordem econômica. Como visto ao longo desse artigo, as discussões travadas no Cade, nos poderes judiciário e no legislativo possuem em comum o fato de que reconhecem que práticas evasivas reiteradas podem ofender a livre concorrência.

Nesse cenário, através da elaboração de uma proposta de filtro de análise, baliza-se um caminho pragmático para que as autoridades concorrenciais possam analisar determinadas condutas como infrações à ordem econômica. A importância dessa análise se destaca ao considerarmos a potencialidade de riscos irreversíveis à concorrência em mercados de alta tributação e baixa margem de lucro.

Dessa forma, ao longo desse artigo, propusemos cinco etapas cumulativas de análise que poderiam ser adotadas pelo Cade para auxiliar na verificação de ilicitude concorrencial decorrente de práticas tributárias. São elas: (i) reiteração da prática evasiva; (ii) alta tributação e baixa margem de lucro; (iii) aumento significativo da participação de mercado; (iv) correlação entre a maior participação de mercado e a conduta evasiva; e, por fim, (v) a verificação de dano efetivo à concorrência.

Entendemos que avançar no diálogo entre o direito tributário e concorrencial mostra-se mui-

to relevante no atual contexto e é essencial que saibamos delimitar as condutas que, além de ilícitos tributários, efetivamente podem ter impactos concorrenciais que merecem ser analisados pela autoridade concorrencial, daquelas que, não obstante possam vir a ter impactos gerais no ambiente competitivo, fogem ao escopo de atuação da autoridade antitruste. O esforço aqui empreendido é um primeiro passo nessa direção, na busca de contribuir com o desenvolvimento das políticas públicas e também da pesquisa nessa seara.

7. REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. Revista dos Tribunais, p. 167-168, 1968.

AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, 1970.

BRAZUNA, José Luis Ribeiro. Defesa da Concorrência e Tributação – à luz do artigo 146-A da Constituição. **Série Doutrina Tributária Vol. II**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MENGARDO, Bárbara; COURA, Kalleo. Estados fecham cerco aos devedores contumazes. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/estados-fecham-cerco-aos-devedores-contumazes-03052017>. Acesso em 05 set. 2019.

DE OLIVEIRA, Antônio Claudio Mariz. **Direito Penal Tributário Contemporâneo**: Estudo de Especialistas. São Paulo: Editora Atlas, 1996, p. 109

MENGARDO, Bárbara; COURA, Kalleo. Estados fecham cerco aos devedores contumazes. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/estados-fecham-cerco-aos-devedores-contumazes-03052017>. Acesso em 05 set. 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre concorrência e tributação. **Grandes questões atuais do Direito Tributário**, v. 11, p. 241-271, 2007.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre concorrência e tributação. **Grandes questões atuais do Direito Tributário**, v. 11, p. 241-271, 2007.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. São Paulo: Editora Forense, 2005.

SILVEIRA, Rodrigo, Maito da. **Tributação e Concorrência** – Série Doutrina Tributária. Vol. IV, São Paulo: Quartier Latin, 2011.

Processos Administrativos e Consultas do Cade

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Averiguação Preliminar nº 08012.005837/1998-4**. Representante: Agendas Pombo-Lidberg Ltda. Representada: Asta Participações e Representações Ltda. e Renação Comércio e Importação e Indústria Ltda. Data de julgamento: 12 abr. de 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Averiguação Preliminar nº 08700.002374/1999-33**. Representante: Cerpasa – Cervejaria paraense S/A. Representada: Distribuidora Amapaense de Bebida Ltda. – DABEL. Data de julgamento: 05 out. 2004.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Averiguação Preliminar nº 08012.000804/2001-**

71. Representantes: Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado de Goiás e outros. Representada: Associação dos Consumidores de Medicamentos – ACOM e outros. Data de julgamento: 03 fev. 2009

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Averiguação Preliminar nº 08012.002528/2001-85.** Representante: ABITAM - Associação Brasileira da Indústria de Tubos e Acessórios de Metal. Representadas: Açoborja Ind. e Com. Ltda.; Alphargal S/A - Galvanização e Tubos; Comafal Comercial Ind. de Ferro e Aço Ltda. Metais Ltda.; Ernbu Tubos Ind. Com. e Beneficiamento de Produtos Siderúrgicos Ltda.; Manchester Ferro e Aço Ltda.; Metaipack Fitas e Perfilados Ltda.; Grupo Vanzin e Ferrobraz Ind. Ltda. Data de julgamento: 22 fev. 2006.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Averiguação Preliminar nº 08012.006665/2001-99.** Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino Livre do Estado do Espírito Santo (SINDELIVRE / ES); Sindicato dos Empregados em Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social, de Orientação e Formação Profissional do Estado do Espírito Santo (SENALBA / ES); Associação Brasileira de Franchising (ABF). Representadas: Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e Fundação Ceciliano Abel de Almeida (FCCA). Data de julgamento: 31 jul. 2006.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Averiguação Preliminar nº 08012.003648/2005-23.** Representante: FRAS-LE S.A., Representada: SYL Industrial Ltda. Data de julgamento: 11 nov. 2009.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12.** Representante: Jofund S.A. Representada: Funderg Hipper Freios Ltda.; Invicta Vigorelli Metalúrgica Ltda.; Metalúrgica D S Ltda.; Sada Siderúrgica Ltda. Data de julgamento: 16 dez. 2009.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Averiguação Preliminar nº 08012.001022/2008-25.** Representantes: Sindicato da Indústria da Extração do Sal no Estado do Rio Grande do Norte - SIESAL e a Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Norte – FIERN. Representada: Sociedade Anônima Empresa Marítima - Empremar S.A. Data de julgamento 25 jan. 2012.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta nº 0038/99.**

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Consulta nº 08700.002380/2006-35. Consultantes: Philips da Amazônia Indústria Eletrônica Ltda., Panasonic do Brasil Ltda, Sony Brasil Ltda., Semp Toshiba S.A. Data de julgamento: 13 jun. 2007.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Procedimento Administrativo 08012.006746/1997-41.** Representantes: ABERC - Associação Brasileira das Empresas de Refeições Coletivas e SINDEREC - Sindicato das Empresas de Refeições Coletivas dos Estados de SP, RJ, MG, SC, RS e PR. Representados: SESI - Serviço Social da Indústria dos Estados de SP, RJ, MG, RS, SC e PR. Data de julgamento: 06 abr. 2005.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Procedimento Administrativo nº 08012.004325/2007-19.** Representantes: Associação dos Fabricantes dos Refrigerantes do Brasil - AFEBRAS. Representadas: Coca-Cola Indústria Ltda., Recofarma Indústria do Amazonas Ltda, CVI Refrigerantes, VONPAR Refrescos. Data da decisão: 09 out. 2012.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Procedimento Administrativo (Petição) nº 08700.003984/2010-85.** Requerente: Sindicato da indústria do Fumo do Estado de São Paulo - Sindi-

fumo/SP. Interessada: Souza Cruz S.A. Data da decisão: 31 ago. 2012.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08000.018405/1997-11**. Representante: ABRAS - Associação Brasileira de Supermercados. Representadas: COPERHODJA/ Data de julgamento: 27 mar. 2002.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08000.004542/1997-13**. Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Florianópolis; Sindicato do Comércio Varejista e Atacadista de Produtos Farmacêuticos de Tubarão e Região, Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Criciúma, Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Vale do Itajaí e Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Joinville. Representada: Serviço Social da Indústria – SESI.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.000668/1998-06**. Representante: Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado Rio Grande do Sul – SINPROFAR. Representada: Serviço Social da Indústria – SESI. Data de julgamento: 17 dez. 2003.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.007044/1999-00**. Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Londrina – SINFARLON. Usimed Paraná – Cooperativa de Usuários do Sistema Unimed do Estado do Paraná. Data de julgamento: 13 maio 2009.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.000208/1999-79**. Representante: Nereu Crispin e Nilppa Comercial de Materiais de Construção Ltda. Representada: Sociedade dos Mineradores de Areia do Rio Jacuí Ltda. – SMARJA. Data do julgamento: 19 jun. 2002.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98**. Representante: Nellitex indústria Têxtil Ltda. Representada: Têxtil J. Serrano Ltda. Data de julgamento: 07 abr. 2010.

Processos (STF)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Cautelar 1.657-MC/RJ**. Autor: AMERICAN VIRGINIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE TABACOS LTDA. Réu: União. Min. Rel. Joaquim Barbosa. Ação Cautelar: 0003964-56.2013.4.01.3823/TRF-1/MG.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI nº 3.952**. Requerente: PARTIDO TRABALHISTA CRISTÃO – PTC. Intimado: Presidente da República. Min. Rel. Joaquim Barbosa.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADI nº 4.854**. Requerente: CSPB – Confederação dos Servidores Públicos do Brasil. Intimado: Governador do Estado de Rondônia. Min. Rel. Edson Fachin.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 550.769/RJ**. Recorrente: AMERICAN VIRGINIA INDÚSTRIA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE TABACOS LTDA. Recorrido: União. Min. Rel. Joaquim Barbosa.

Leis e Projetos de Leis

GOIÁS. **Lei nº 19.665/2017**. Altera a Lei nº 11.651/91, que institui o Código Tributário do Estado de

Goiás.

BAHIA. **Lei nº 13.199/2014**. Altera as Leis no 3.956, de 11 de dezembro de 1981, no 6.348, de 17 de dezembro de 1991, no 7.014, de 04 de dezembro de 1996, no 12.617, de 28 de dezembro de 2012, e no 12.620, de 28 de dezembro de 2012.

RIO GRANDE DO SUL. **Decreto nº 48.494/2011**. Regulamenta o art. 2º da Lei nº 13.711, de 6 de abril de 2011, que define contribuinte devedor contumaz e trata do Regime Especial de Fiscalização, e modifica o Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (RICMS).

SENADO FEDERAL. **PLS nº 284/2017**. Regula o art. 146-A da Constituição Federal.

4

DEFERÊNCIA JUDICIAL ÀS DECISÕES DO CADE E O EQUILÍBRIO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS

*Judicial deference to CADE's decisions and the
balance between constituted powers*

Humberto Santos¹

RESUMO

O objetivo do texto consiste em ressaltar a importância da deferência judicial para o equilíbrio dos poderes constituídos, sendo analisada a partir de pedidos revisionais que questionam decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. A discussão é conduzida tendo por ponto de partida precedente do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 1.083.955-DF), cujo teor sinaliza a favor dessa postura. Parte-se do pressuposto de que a expertise técnica confere condições à extração de sentido mais acurado na aplicação da norma antitruste, privilegiando uma abordagem de discussão do assunto pela prática de concretização do direito. A revisão judicial se justificaria, portanto, somente para correção de ilegalidades ou abusos evidentes, sem envolver um juízo revisional amplo substitutivo às decisões do Cade. Conclui-se favoravelmente à postura de deferência judicial como atitude institucional de um desejado equilíbrio no exercício entre os poderes constituídos.

Palavras-chave: Revisão judicial; Cade; Deferência; Expertise; Instituições.

ABSTRACT

The purpose of the text is to emphasize the importance of judicial deference to the balance of constituted powers, being analyzed based on review's requests decided by Brazilian Administrative Antitrust Authority – CADE. The argumentation is conducted based on the analysis of a precedent issued by Brazilian Supreme Court (RE nº 1.083.955-DF), which points in favor of this stance. It is assumed that technical expertise provides condition to give the better meaning of antitrust law, privileging an approach of the law through its practice. The judicial review would therefore be justified only to correct evident illegalities or abuses, but not as a broad review in substitution for CADE's decisions. It is concluded favorably to judicial deference as an outcome of a desired institutional balance between the constituted powers.

Keywords: Judicial review; CADE; Judicial deference; Expertise; Institutions.

1 Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Mestrado em Direito pelo CEUB. Pós-graduação lato sensu em Direito Econômico e Defesa da Concorrência pela FGV. Pós-graduação lato sensu em Regulação Econômica pelo CEFET/RJ. Bacharel em Direito pelo CEUB e Licenciatura em Ciências Sociais pela UnB. Professor de Direito do CEUB. Procurador Federal da AGU com atuação perante o Cade E-mail: humberto.santos@cade.gov.br

Sumário: 1. O sentido do Direito expresso na prática. 2. O Recurso Extraordinário nº 1.083.955-DF – e os limites da revisão judicial de decisões proferidas pelo Cade. 2.1 – O posicionamento do STF. 2.2 – A repartição e o equilíbrio no exercício dos poderes constituídos (art. 2º da CF/88). 2.3 – Capacidades institucionais e o papel revisional esperado do judiciário. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O artigo se propõe a discutir a importância da deferência judicial diante de pedidos revisionais que questionam decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Toma-se, por ponto de partida, o precedente do Supremo Tribunal Federal – STF, exarado no Recurso Extraordinário nº 1.083.955-DF, cujo teor sinaliza a favor de uma postura de autocontenção do judiciário no julgamento de demandas judiciais com essas características.

Na estruturação do texto, propõe-se, inicialmente, um breve panorama contextual que realça como o sentido de aplicação do direito se dá por meio de sua prática, ganhando concretude por intermédio de um processo interpretativo, no qual o intérprete encarregado de aplicação da norma atribui sentido aos comandos normativos diante de situações específicas. Nesse processo, a expertise técnica mostra-se fundamental para permitir a extração de sentido que implemente a aplicação da norma de forma mais adequada, especialmente quando se está diante de estruturas normativas com preceitos abertos, como a legislação antitruste.

Além da expertise técnica, é preciso que o órgão encarregado de aplicação da norma detenha capacidade institucional para o bom exercício dessa atribuição. Esses temas, alguns mais explícitos outros menos, estão contidos no precedente exarado pela Suprema Corte e serão objeto de discussão em tópicos específicos.

Após retratar o iter processual do Recurso Extraordinário nº 1.083.955-DF, ao final, contextualizado com o diálogo político que permitiu a atribuição dos arranjos institucionais do Cade, conclui-se favoravelmente à postura de deferência do judiciário como forma de se obter um desejado equilíbrio institucional no exercício dos poderes constituídos, sem que haja necessidade, para tanto, de vinculação à “*chevron doctrine*” norte-americana

2. O SENTIDO DO DIREITO EXPRESSO NA PRÁTICA

A compreensão sobre os atributos constitutivos do direito exige um olhar voltado para sua prática. O sentido atribuído às proposições jurídicas revela como o direito realmente se concretiza já que, como bem posto por Kelsen (2003, p. 126), no seu processo de aplicação, nunca se trata, efetivamente, de pura aplicação, havendo sempre espaço reservado à criação desse sentido pelo intérprete, o qual terá sua liberdade de criação limitada pela elasticidade dos termos definidos pelo ordenamento.

Essa particularidade do direito se mostra essencialmente valiosa para o antitruste e para as áreas de regulação econômica em geral. E isso ocorre porque, usualmente, nesses campos, as normas jurídicas se apresentam encerradas em “molduras”, capazes de legitimar diversos sentidos

de aplicação. Mais uma vez valendo-se do referencial explicativo de Kelsen (2009, p. 151), diante de normas assim consideradas, “sob a ótica do direito positivo, não existe critério pelo qual uma das dadas possibilidades de aplicação da norma possa ser preferida à outra.”

Ao se analisar a estrutura normativa da legislação antitruste (seja na lei anterior – 8.884/94 ou na lei vigente – 12.529/11), constata-se a predominância de preceitos abertos, sujeitos a sentidos diversos de aplicação, passíveis de exprimir diferentes resultados no processo de aplicação do direito, aderente, portanto, à tipologia de moldura normativa, “dentro da qual são apresentadas várias possibilidades de execução, de modo que todo ato é conforme a norma, desde que esteja dentro dessa moldura, preenchendo-a de algum sentido possível” (Kelsen, 2009, p. 150).

A complexidade e a mutabilidade das práticas dos mercados se apresentam como razões justificadoras para que a lei se apresente com preceitos assim tão elásticos. Espera-se que um órgão, mais bem capacitado que o parlamento e o judiciário, seja dotado de expertise técnica e poderes operacionais para bem desempenhar o papel de dissuadir e repreender as práticas lesivas à concorrência no país no tempo compatível com as dinâmicas dos mercados. Se, por um lado, a edição de uma lei com preceitos tão abertos, como a norma antitruste, traz certa insegurança em relação ao sentido que a autoridade antitruste a aplicará, por outro, espera-se que o resultado dessa escolha seja o melhor possível, capaz de conferir a extração máxima dos objetivos definidos pela norma.

A definição por esse arranjo político-institucional não afasta o conhecimento dessa matéria pelo judiciário. Num sentido sociológico, Bourdieu (2010, p.212) descreve o campo jurídico como sendo um local de concorrência pelo monopólio de dizer o direito, a ser exercido por agentes investidos de competência social e técnica para tanto, cujo fazer “consiste, essencialmente, na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social.” Ao refletir sobre a práxis desse campo, o autor realça como o processo de interpretação e, portanto, de aplicação do direito se revela como sendo a “forma, por excelência, do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas”, atribuindo às decisões (“o veredicto do juiz”) o caráter “mágico de dizer o que, na verdade, elas são.”

Incorporando as contribuições desse olhar sociológico para compreensão de nossa prática e direcionando-as ao objeto de discussão, será infração à ordem econômica o que a comunidade jurídica entender como tal, o que, por certo, perpassará pela compreensão e discussão a ser travada por todos os agentes legitimados à interpretação do direito antitruste, tendo por *locus* privilegiado e preponderante a esfera administrativa, assim constituída e legitimada por vontade política do legislativo (cf. Lei nº 12.529/11), pelo menos no que tange ao *enforcement* público não-penal.

Entretanto, o “ato mágico” performativo que o sentido de aplicação da lei antitruste terá depende, em última instância, da concordância do judiciário, caso essa seara venha a ser provocada a enfrentar o tema. E tudo isso deve, como a seguir se pretende aprofundar, por força do equilíbrio institucional esperado no exercício dos poderes constituídos, todos eles legitimados, em algum grau, a dizer o que de fato é o direito.

Para que, portanto, diante de normas tão elásticas, o processo de aplicação do direito não se desnature num “vale tudo” interpretativo, em que o limite extraível de sentido passe a residir somente na semântica dos termos e variável conforme a interpretação subjetiva de cada qual, mostra-se de fundamental importância a explicitação do respaldo técnico das decisões.

É, essencialmente, essa expertise, aliada a um agir compatível com outros casos já decididos no mesmo sentido, que legitimará o processo decisório da autoridade antitruste e permitirá, ao final, contar com a chancela judicial nos pleitos revisionais.

Cabe destacar que essa forma de compreensão da prática jurídica é muito familiar aos países de filiação à *common law*. Apesar de Bustamante (2008) não vislumbrar diferenciação teórica na forma de o juiz decidir tanto na *civil law* quanto na *common law*, deve-se sublinhar que nos países da *common law* vigora com maior pujança o preceito “*stare decisis et non quieta movere*”, o que costuma resultar num comportamento de se seguir o que já fora julgado, não importando se na esfera administrativa ou judicial. Na síntese de Schauer (2009, p. 37), “sob a doutrina do *stare decisis*, é esperado que a Corte decida questões da mesma forma que as decidiu no passado, mesmo que a composição da Corte tenha mudado ou mesmo que os membros tenham mudado de mentalidade. Tal como precedentes verticais, *stare decisis* – precedente horizontal – é sobre seguir decisões dos outros.” (tradução livre).

Não é de se estranhar, portanto, que Bruno Drago (2015, p.326) reconheça nas leis concorrenciais “aquilo de mais próximo que os sistemas continentais poderiam ter com a *common law*.”

Esse breve panorama auxilia a compreender a importância do precedente do Supremo Tribunal Federal – STF, exarado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.083.955-DF, o qual passa a ser discutido na sequência, especialmente por realçar o papel decisivo que a expertise técnica confere ao sentido de aplicação da norma. Além disso, ainda que o precedente não goze de efeito vinculante, mostra-se nítida sua vocação de parametrizar como o judiciário deve analisar pleitos revisionais oriundos de autoridades administrativas que detenham competência para aplicação de normas abertas de regulação de mercados em sentido amplo, já que o acórdão acabou sendo confirmado pelo plenário do STF, permitindo o escrutínio do caso por todos os ministros da Corte, após a interposição de embargos de divergência pelos recorrentes (AgR-ED-EDv-AgR, julgado em 13/05/2020).

Para além do propósito deste artigo, o precedente também suscita reflexões de outras magnitudes, como a conveniência de instituição de varas especializadas para o julgamento de causas antitrustes no âmbito da justiça federal ou mesmo incentivos à utilização de outros meios de solução de controvérsia, como a arbitragem, em razão de tecer considerações sobre dificuldades institucionais que o judiciário teria para exercer juízo revisional amplo de causas dessa natureza. Por evidente, o aprofundamento desses temas ensejaria trabalhos específicos, incabíveis no recorte ora realizado.

3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.083.955-DF - E OS LIMITES DA REVISÃO JUDICIAL DE DECISÕES PROFERIDAS PELO CADE

O Recurso Extraordinário nº 1.083.955-DF versou sobre discussão que, desde a origem, buscava anular ato decisório do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade – que, com fundamento no processo administrativo nº 0800.024581/1994-77, havia condenado a recorrente e outros envolvidos por práticas colusivas, consistentes na criação de barreiras artificiais à entrada de outras empresas no mercado de distribuição de combustíveis no Distrito Federal.

Ao final do trâmite do processo administrativo, o Cade concluiu que os representados vale-ram-se de seu poder econômico para buscar eliminar a concorrência no mercado relevante consi-

derado, impedindo a entrada de rede de hipermercado local (rede Carrefour) no ramo de revenda de combustíveis. No entendimento do Cade, os representados exerceram pressões em membros do executivo e do legislativo para que não fosse autorizada a entrada de concorrentes nesse mercado, bem como fosse editada lei impeditiva em tal sentido (resultando na Lei Complementar Distrital nº 294/2000) preservando seus nichos de mercado, o que configuraria infração à ordem econômica, nos termos dos artigos 20, I, II e IV, e 21, II, IV, V e X, da Lei 8.884/1994, tendo sido imposta a penalidade de multa, cumulada com a inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor e publicação de anúncio de meia página em jornal de grande circulação com o extrato da decisão punitiva.

Além desse fato, na esfera administrativa, no mesmo julgamento, o Cade entendeu que restou caracterizada a prática de adoção de comportamento uniforme pelo sindicato da categoria (SINPETRO – Sindicato do comércio varejista de derivados de petróleo no DF) ao impedir que fosse comercializado óleo diesel aditivado pelos postos de revenda de combustível na região, fato comprovado, entre outros documentos, por ata assinada pelos membros sindicalizados assumindo esse compromisso, o qual contava com cerca de 95% dos agentes de mercado à época filiados ao sindicato no mercado relevante considerado.

Em radical modificação do entendimento externado pelo Cade, o juízo da 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal entendeu que a conduta imputada aos autores consubstanciaria mero *lobby*, prática inapta a configurar infração à ordem econômica e, portanto, sob esse fundamento, deu provimento ao pedido de anulação da decisão condenatória.

Irresignado, o Cade levou a matéria ao conhecimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. No julgamento da apelação do órgão antitruste, a Corte decidiu pela restauração da decisão administrativa condenatória. Cabe destacar breve trecho do voto do relator que sintetizou a discussão travada no caso:

(...) Atribuir qualificação diversa a fatos incontroversos – no caso a atuação das autoras e de seu sindicato na repressão à entrada de novo distribuidor no mercado varejista de combustíveis com prejuízo à livre concorrência – é negar o juízo de valor que o legislador incumbiu a um órgão de composição plural e de conhecimentos técnicos sobre a matéria. Estivesse o juiz examinando a vulneração de qualquer outro requisito do ato (competência, finalidade, forma, objeto, motivação), certamente que admissível o controle judicial. No caso concreto, entretanto, o que se viu foi a completa substituição de um juízo valorativo por outro.

A partir, portanto, desse acórdão é que a discussão jurídica foi levada aos tribunais superiores, não tendo os recorrentes logrado êxito no recurso especial também interposto perante o Superior Tribunal Justiça (RESP nº 1436903/DF). Junto ao STJ, o voto do Min. Herman Benjamim reprende severamente o que fora praticado pelo juízo sentenciante, qualificando de “aventura jurídica” a forma como se deu a mudança de entendimento substitutiva à proferida pelo Cade, tendo seu posicionamento sido acolhido por unanimidade pela 2ª Turma do Tribunal. Seu voto destaca que:

*A fundamentação produzida na sentença para anular a decisão administrativa foi de que a mera pressão e o lobby exercido perante as autoridades públicas não configuram infração à ordem econômica. **Depreende-se que***

a análise perpetrada pelo juiz sobre o mérito do ato administrativo não foi jurídica, mas, pelo contrário, casuística, uma verdadeira aventura jurídica, pois não compreendeu os relevantes fatos e provas produzidos pelo CADE, onde ficou evidenciada a formação de Cartel entre as empresas e o cometimento de infração à ordem econômica. (grifos nossos)

Contra esse acórdão, os recorrentes se valeram de todos os recursos possíveis para tentar resgatar a conclusão revisional contida na sentença, tendo sido provocada até mesmo a manifestação da Corte Especial do STJ. Por ocasião do julgamento de agravo nos embargos de divergência, em voto de relatoria do Min. Og Fernandes, a Corte Especial do STJ assentou, ao que importa à discussão presente, que:

*Como já dito na decisão, ora agravada, em ambos os julgados foi admitida a intervenção do Poder Judiciário e não há, em nenhum deles, a premissa de que a tese jurídica firmada foi a de não ingerência no mérito administrativo. **Ao revés, no próprio aresto embargado, admite-se (item “6”, supra) que o Judiciário pode imiscuir-se “na análise do mérito administrativo, desde que seja analisado sob o seu aspecto jurídico, e para que sejam observados, além da legalidade em sentido amplo, também os princípios e mandamentos constitucionais”.*** (grifos nossos).

Sem êxito perante o STJ, restou o reexame da matéria pela via jurisdicional junto ao STF.

3.1 - O posicionamento do STF

O precedente do STF suscita diversas reflexões. Ainda que alguns capítulos do acórdão merecessem discussões mais aprofundadas, não há como negar que o teor do julgado serve como importante balizador sobre a definição dos limites da revisão judicial de decisões proferidas pelo Cade. Das várias considerações trazidas pelo julgamento, as que servem mais diretamente ao propósito deste artigo versam sobre repartição e equilíbrio no exercício dos poderes constituídos (art. 2º da CF/88), assim como os critérios que legitimariam a modificação da aplicação da lei antitruste pelo judiciário. Esses dois temas passam a ser discutidos com maior pesar nas linhas que se seguem.

Atribuída a relatoria ao Ministro Luiz Fux, inicialmente o recurso foi monocraticamente denegado, tendo por fundamento o (i) entendimento de adequação do que fora decidido à jurisprudência do STF, assim como pela (ii) incidência da súmula 279 do Tribunal, a qual impede a revisão de contexto fático-probatório.

A partir da interposição de agravo interno, restou mais clara a explicitação dos fundamentos decisórios contidos no precedente. O acórdão restou fixado com uma extensa ementa, da qual se extrai alguns trechos:

1. A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos.

2. *O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.*
3. *A natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial.*
4. *A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação. [...]*
5. *A intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos.*
6. *A expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia. O controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte. [...]*
7. *Os controles regulatórios, à luz do consequencialismo, são comumente dinâmicos e imprevisíveis. [...]*
8. *A atividade regulatória difere substancialmente da prática jurisdicional, porquanto: 'a regulação tende a usar meios de controle ex ante (preventivos), enquanto processos judiciais realizam o controle ex post (dissuasivos); (...) a regulação tende a utilizar especialistas (...) para projetar e implementar regras, enquanto os litígios judiciais são dominados por generalistas' [...]*
9. *In casu, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, após ampla análise do conjunto fático e probatório dos autos do processo administrativo, examinou circunstâncias fáticas e econômicas complexas, incluindo a materialidade das condutas, a definição do mercado relevante e o exame das consequências das condutas das agravantes no mercado analisado. No processo, a Autarquia concluiu que a conduta perpetrada pelas agravantes se enquadrava nas infrações à ordem econômica previstas nos artigos 20, I, II e IV, e 21, II, IV, V e X, da Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste).*
10. *O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade detém competência legalmente outorgada para verificar se a conduta de agentes econômicos gera efetivo prejuízo à livre concorrência, em materialização das infrações previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste).*

11. *As sanções antitruste, aplicadas pelo Cade por força de ilicitude da conduta empresarial, dependem das consequências ou repercussões negativas no mercado analisado, sendo certo que a identificação de tais efeitos anti-competitivos reclama expertise, [...]*

12. *O Tribunal a quo reconheceu a regularidade do procedimento administrativo que impusera às recorrentes condenação por práticas previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste), razão pela qual divergir do entendimento firmado no acórdão recorrido demandaria o reexame dos fatos e provas, o que não se revela cognoscível em sede de recurso extraordinário, face ao óbice erigido pela Súmula 279 do STF.*

13. *Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO.*

Merecem ser destacados alguns aspectos sobre os limites da revisão judicial de decisões proferidas pelo Cade para os fins propostos a este artigo.

3.2 - A repartição e o equilíbrio no exercício dos poderes constituídos (art. 2º da CF/88)

Uma leitura apressada da ementa do acórdão do STF poderia sugerir que a Suprema Corte blindou a decisão de mérito proferida pelo Cade da sindicabilidade judicial. Isso seria, contudo, uma conclusão equivocada.

O voto do Min. Luiz Fux esclarece que “o acórdão recorrido jamais afirmou a impossibilidade, sob qualquer aspecto, da revisão judicial das decisões do Cade, inclusive se abusivas ou ilegais.” Dito de outro modo, o precedente inicia a análise da matéria reafirmando a jurisprudência consagrada que entende ser cabível a revisão do mérito do que fora decidido pelo Cade, e não apenas os requisitos formais do ato administrativo (competência, finalidade, forma, motivo e objeto), mas desde que reste demonstrada a presença de abuso ou ilegalidade na decisão administrativa.

Para se evitar interpretações tautológicas, a presença do abuso ou ilegalidade na decisão administrativa deve ser compreendida num contexto de adequado exercício harmônico e independente dos poderes constituídos (art. 2º da CF/88), tal como se passa a discutir, afinal, qualquer ação revisional proposta contra decisões do Cade traz considerações sobre como o Poder Judiciário deve reexaminar decisões previamente analisadas por um órgão do Poder Executivo, de acordo com as leis aprovadas pelo Poder Legislativo.

E, conforme discutido no tópico inicial deste artigo, a aplicação do que é exposto pelo direito, e que, portanto, como fundamento último, permite-nos concluir se alguma decisão mostrar-se-ia ilegal ou abusiva, perpassa pelo sentido de aplicação da norma que fora atribuído pelo intérprete.

No precedente discutido, o que salta aos olhos é que para entender que a decisão condenatória do Cade havia sido ilegal, o juízo monocrático assim o fez substituindo seu juízo valorativo sobre os fatos – reputados como incontroversos – ao juízo conclusivo do Cade, mudando completamente o sentido de aplicação da lei antitruste.

Não se deve desconsiderar que a matéria de fundo, envolvendo limites ao exercício legítimo do *lobby*, enseja muita discussão controversa, especialmente no nosso país, dada a inexistência de legislação específica regendo o tema. Isso, contudo, não transfere ao judiciário a primazia para decidir quando o exercício do *lobby* se desnatura em infração à ordem econômica, ainda mais quando esse entendimento se substitui ao da autoridade administrativa especializada na matéria, sem trazer considerações concorrenciais sobre os mercados que foram impactados pela prática.

E isso se deve porque a caracterização de uma infração à ordem econômica não está totalmente contida nos termos definidos pela legislação antitruste. Na estrutura dessa tipologia, Roberto Freitas Filho (2009, p.20) a refere como sendo uma “norma aberta”, cujo “sentido descritivo da norma não está expresso a priori em seu texto, ou seja, é necessário que o aplicador venha a especificar os elementos que compõem a regra na *ratio decidendi* da questão.”

Em trabalho clássico sobre a defesa da concorrência no Brasil, Paula Forgioni (2005, p.201) destaca a presença de mecanismos que funcionam como “válvulas de escape” na definição normativa das infrações à ordem econômica, conferindo ao texto legal instrumentos de flexibilização e adaptação à realidade mutável que caracteriza a dinâmica dos mercados. Dentre esses mecanismos, a autora enumera conceitos que são essenciais para a caracterização de uma infração à ordem econômica, como (i) a extensão da definição da regra da razão, isenções e autorizações antitruste, (ii) o conceito “elástico de mercado relevante” e (iii) “o jogo do interesse protegido” que se busca assegurar pela aplicação da norma.

Nesse processo de atribuição de sentido da aplicação da norma, cabe, portanto, ao intérprete, de certo modo, criá-lo a partir de uma construção argumentativa que confira sentido às proposições que embasam sua conclusão. Esse sentido assegura, em condições possíveis, o que Hesse (1983, p.43) chamou de “concretização da norma”, processo interpretativo sempre vinculado a problemas concretos a serem resolvidos, os quais, por certo, dependem do histórico de prática e familiaridade com o tema.

Em trabalho recente sobre a força criadora de riquezas e desigualdades que o direito suscita, Katharina Pistor (2020, p. 156) realça como o processo de “*interpretation of law is always an act of lawmaking; this lies in the nature of trying to make sense of words in light of the complex reality of facts to which the law is applied.*”

Essas visões convergem com a reclamação de François Ost (2007, p.122) por uma “teoria lúdica” para compreensão do direito, capaz de articular os diversos atributos que marcam a gênese e o desenrolar de um “jogo de linguagem caracterizador do discurso jurídico”, operado segundo regras próprias, que, ao final, traduzem a prática jurídica.

No racional de repartição de poderes, ao definir, portanto, como se dará o campo de jogo dos atores legitimados ao exercício democrático do poder, ao atribuir ao Cade o ofício judicante sobre quais práticas caracterizam infração à ordem econômica, o Poder Legislativo, por meio das Leis 8.884/94 e 12.529/11, outorgou a um órgão do Poder Executivo a competência para sua definição. E assim o fez por acreditar que esse órgão, dotado de expertise técnica e dos instrumentos necessários para tanto, o faria da melhor forma possível, numa escolha política de arranjos institucionais preferível, inclusive, à decisão que seria proferida pelo Poder Judiciário.

Para que haja alteração desse quadrante institucional harmônico de funcionamento entre os poderes constituídos, é preciso que se tenha a evidência de algum abuso ou ilegalidade. O que o precedente do STF busca assentar, portanto, é que as decisões do Cade são passíveis de revisão, assegurando-se, assim, o respeito à garantia constitucional de inafastabilidade de apreciação judicial de qualquer lesão ou ameaça a direito (5º, XXXV da CF/88), mas que essa garantia não importa numa pretensão a um novo julgamento amplo e substitutivo ao que fora realizado na esfera administrativa, especialmente por faltar ao judiciário expertise e capacidades institucionais para tanto.

Daí se mostrar coerente, portanto, a postura de deferência que se espera que o judiciário tenha em relação às decisões proferidas pelo Cade, pois, ao julgar ações que pedem a anulação ou modificação dessas decisões, cabe ao judiciário rever, ou seja, reavaliar como foi decidida a questão posta e não propriamente se substituir ao que foi decidido pelo órgão administrativo especializado na matéria, sendo despropositado um novo julgamento de mérito a partir de uma *tabula rasa*, o que seria tido como um desrespeito às regras do jogo.

A rigor, a função judicante atribuída aos órgãos de defesa da concorrência faz com que eles ajam de forma similar ao judiciário, com atributos reativos e eventuais, num exercício tipicamente adjudicatório e não normativo. A qualificação regulatória que poderia ser conferida às decisões do Cade no exercício dessa competência só poderia ser tomada numa dimensão bem ampla, no sentido de que, a partir dos precedentes do Cade, a sociedade compreende como se dá, na prática, a implementação da política pública de defesa da concorrência no país, o que a aproximaria da noção comumente utilizada pelo direito econômico (cf. Aragão, 2005, p. 35), a qual também assim enxerga o papel desempenhado pelas decisões do judiciário em geral.

Levar em conta a caracterização da função adjudicatória praticada pelo Cade não desprestigia, contudo, a analogia que o precedente do STF faz com as funções regulatórias em sentido estrito, pois, tal como discorrido no tópico inicial deste artigo, o preenchimento do sentido aplicativo dos preceitos abertos da lei antitruste continua a exigir expertise na matéria, assim como outros instrumentos institucionais que não estão disponibilizados ao judiciário em geral. Ademais, como bem destacam Cristel Koop e Martin Lodge (2015, p.5), regulação é um conceito multifacetário, sendo tortuoso atribuir-lhe um sentido unívoco, especialmente quando se verifica como o termo é utilizado na prática do direito.

No fundo, o que a rigor importa saber é como se deu a explicitação de sentido atribuída aos fatos e aos comandos abstratamente previstos na norma (art. 36 da Lei nº 12.529/11) por quem resta legitimado a fazê-lo, o que torna absolutamente irrelevante a discussão administrativista, puramente teórica, que busca dissociar atos discricionários de atos vinculados. Não há que se falar em juízo de conveniência ou oportunidade em julgamentos sobre o que caracteriza infração à ordem econômica. Não faz sentido a aplicação desses conceitos diante de um juízo tipicamente adjudicatório. Também não se pode afirmar que estaríamos diante de atos vinculados, dada a amplitude conferida pela moldura normativa. Preferível, por certo, é centrar-se na compreensão da práxis do direito que, como bem expressa Tercio Ferraz Junior (2014, p.48), põe a “decidibilidade como problema central da ciência do direito.”

E, para o bom exercício desse mister, é necessário, por óbvio, que existam meios institucionais disponíveis para bem decidir.

3.3 - Capacidades institucionais e o papel revisional esperado do judiciário

Num dos trechos mais enfáticos do precedente do STF sob exame, o Min. Luiz Fux destaca:

Os principais argumentos que fundamentam o dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por órgãos reguladores repousam na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos de natureza técnica e (ii) na possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

A falta de expertise e de capacidade institucional ampla dos tribunais, assim como a possibilidade de ensejar efeitos indesejados na ampla revisão judicial do que fora decidido pelo Cade, constituem argumentos centrais, realçados pelo relator, para justificar a importância da deferência judicial.

As discussões sobre capacidades institucionais traduzem uma agenda rica de pesquisa multidisciplinar, mas que usualmente “não aprofundam discussões jurídicas”, como destaca Diogo Coutinho (2017, p.586). A decisão do STF também não aprofunda essa discussão, talvez por não ser o veículo mais apropriado para isso, já que voltada para resolver uma contenda específica, sem com isso desprestigiar a vocação objetiva que o recurso extraordinário possui na nossa sistemática processual (art. 102, §3º da CF-88). Mas o precedente da Suprema Corte tem o mérito de realçar alguns aspectos que sinalizam a falta de capacidade institucional do judiciário para emitir juízos de mérito substitutivos aos do Cade, permitindo-nos explorar, inicialmente, se, de fato, existe esse déficit e, a partir daí, refletir sobre quais instrumentos formais e informais se mostrariam necessários para alteração desse quadro, acompanhado da constante ponderação se essa alternativa de implementação de novos arranjos institucionais seria a mais desejada para a sociedade em geral.

O enfrentamento de uma tema dessa envergadura exigiria um denso estudo empírico sobre as condições estruturais e de avaliação das práticas de funcionamento do judiciário brasileiro, especialmente da justiça federal por conta da presença do CADE nesses litígios (art. 109, I da CF-88).

Além disso, antes de se avançar no propósito de qualquer modificação das condições hoje existentes, seria necessário inicialmente nos convecermos, enquanto sociedade, que valeria a pena incorrer nos custos (financeiros e culturais) que as mudanças ensejariam. Esse *tradeoff* é complexo, sendo tormentoso identificar e quantificar todas as variáveis envolvidas e, por razões óbvias, não esgotaria aqui. Tulio Coelho (2015, p. 138), por exemplo, expressa percepção favorável da advocacia privada sobre o papel revisional realizado pelo judiciário contra as decisões do CADE e acredita que os magistrados se tornarão mais familiarizados com o antitruste com o simples passar do tempo.

No seminário “Os desafios da judicialização da defesa da concorrência, da regulação e do comércio internacional”, ocorrido nos dias 12 e 13 de novembro de 2015, em Brasília, sob a coordenação do Ministro Ricardo Cueva, discutiu-se, dentre outros temas, a conveniência de criação de varas especializadas para o julgamento de matérias antitruste e de comércio internacional no âmbito da justiça federal ou até mesmo a atribuição de competência originária para julgamento dessas matérias diretamente aos tribunais regionais federais. Ao final do evento, concluiu-se pela aprovação

de “uma moção para encaminhamento ao Conselho da Justiça Federal de proposta de estudo para a criação e instalação de varas especializadas da Justiça Federal, em todas as capitais do País, em direito da concorrência e comércio internacional, mesmo que se faça no modelo de especialização sem exclusividade” (CJF, 2017, p. 9), tendo por consenso o déficit de especialização do judiciário para tratativa desses temas.

Trata-se, como se vê, de um assunto que vem sendo discutido pela comunidade jurídica. Na falta dos estudos empíricos mencionados acima, numa abordagem mais pragmática, poder-se-ia cogitar num exercício especulativo, de caráter comparativo, consistente em avaliar se o judiciário deteria familiaridade e instrumentos preferíveis aos do Cade para lidar com a matéria de defesa da concorrência, capazes de justificar um juízo revisional amplo.

Esse tipo de reflexão mostra-se especialmente relevante se levarmos em consideração as disposições normativas acrescentadas à Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – LIND (Decreto-Lei nº 4.657/42), as quais passam a exigir textualmente a necessidade de motivação “das consequências práticas da decisão” (art. 20, caput) em qualquer decisão judicial que decida de forma diversa ao que fora inicialmente julgado, devendo a motivação, inclusive, abranger as “possíveis alternativas” (parágrafo único do art. 20) à solução eleita.

Como, em regra, os pedidos revisionais contra as decisões do Cade buscam anular os processos administrativos condenatórios, num caso de exercício amplo desse escrutínio, a boa aplicação do art. 20, combinada com o art. 21, ambos da LINDB, também exigiria que a sentença motivasse “de modo expreso as consequências jurídicas e administrativas” provenientes da decisão de anulação ou revisão, visto que, por certo, tal juízo representaria uma substituição de entendimento daquele inicialmente externado pelo órgão administrativo, devendo minimamente endereçar as preocupações de tutela da concorrência que provocaram a decisão administrativa originária.

Em alguma medida, os defensores do juízo revisional amplo acreditam que o judiciário teria condições de bem fazê-lo e que, de certo modo, as decisões provenientes desse exercício seriam mais acertadas que as decisões proferidas originalmente pelo Cade. Essa crença, contudo, não parece ser a mais crível, sem que esse juízo signifique qualquer desprestígio ao poder judiciário.

As reflexões que Isaiah Berlin (2002, p.447-505) suscita sobre as formas de pensar a partir das diversas habilidades que a raposa possui em contraste com o único conhecimento detido pelo ouriço compõem um instigante pano de fundo para alimentar esse exercício investigativo. Talvez, nossos juízes, de formação mais generalista, detenham um amplo conhecimento sobre diversas áreas do direito, o que lhes permitem uma visão sistêmica privilegiada sobre o ordenamento como um todo, tendo, pois, atributos típicos da raposa. Já o Cade talvez se assemelhe mais ao ouriço, conhecendo bem apenas o antitruste, e se vale desse conhecimento como sua zona de proteção, o que também pode vir a ser o traço caracterizador das agências reguladoras setoriais em seus campos próprios de especialização. “Pluralista ou monista”, seja como for, Isaiah Berlin ressalva que o mérito dessa distinção não reside em atribuir uma forma preferível de sistemas de crenças detido por cada um, mas sim em realçar as diferentes formas de pensar e de compreender que esses tipos encerram para lidar com as situações da vida (2002, p.448).

Começamos a análise, portanto, pelos instrumentos institucionais. A partir da discussão dos meios procedimentais, podemos cogitar considerações sobre a familiaridade que o judiciário e o

Cade possuem com a matéria, o que sustentará a elaboração de juízos comparativos entre ambos.

De início, cabe destacar a ampla instrução probatória que é realizada nos processos administrativos julgados pelo Cade. Conduzida por servidores especialistas na matéria, não raras vezes, a instrução é beneficiada por troca de informações, compartilhamento de percepções e documentos com outras autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo, dado o caráter transfronteiriço de incontáveis condutas no mundo globalizado, as quais envolvem ações praticadas no estrangeiro com efeitos no mercado nacional, como os cartéis internacionais.

Aliado a isso, seja durante a instrução do processo administrativo ou mesmo antes de julgá-los, pode o Cade se valer da celebração de acordos com os envolvidos na apuração das condutas, seja por meio de termos de compromisso de cessação (TCC) ou acordos de leniência, buscando pôr termo a discussões jurídicas sobre determinados aspectos controvertidos da política de defesa da concorrência, extrair informações e provas sobre outras eventuais infrações desconhecidas (leniência plus) ou até mesmo para reforçar o acervo probatório contra determinados agentes, concedendo-se o benefício de extinção do processo investigativo em relação àqueles que cooperarem com a instrução, livrando-os de eventual punição sob o compromisso assumido de cessação imediata das condutas investigadas.

Para ilustrar a importância desses instrumentos, de 2003 a 2020, o CADE celebrou 101 acordos de leniência, com 29 termos aditivos a esses contratos e 23 pedidos de leniência plus. De 2015 a 2020, foram celebrados 297 TCCs, com a impressionante quantia de R\$ 3.754.165.334,31 de contribuição pecuniária fixada em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD (Cade em números). Além da obtenção de meios de provas contra outros acusados, o cumprimento desses acordos encerra a discussão sobre eventual cometimento da infração, o que se traduz em celeridade na resolução da contenda e certeza sobre o que restou estabelecido nos acordos, atributos fundamentais para a boa aplicação da política de defesa da concorrência.

Além disso, na instrução e julgamento dos processos punitivos, as informações obtidas ao longo do curso dos processos administrativos, mesmo que não resultem em punição dos envolvidos, permitem ao corpo técnico do Cade aperfeiçoar paulatinamente o exercício de suas atribuições, já que é pelo fazer cotidiano e pela proximidade com o trato das matérias que se adquire cada vez mais conhecimento sobre a dinâmica, o comportamento dos atores e a estrutura de cada mercado, aprimorando o exercício de todas as competências do órgão, inclusive as preventivas no controle de concentração e as relacionadas à *advocacy* em setores regulados.

Esse caminho lento e constante de aperfeiçoamento institucional é ambivalente. É também pelo exercício cotidiano de suas outras competências que o Cade aprimora seu escrutínio na instrução e julgamento dos processos punitivos, o que parece reforçar o acerto do precedente do STF ao assinalar que “a Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos próprios à regulação.” A delimitação do conceito de mercado relevante nos processos punitivos, por exemplo, usualmente é beneficiada pelas informações obtidas na instrução dos atos de concentração envolvendo os mesmos mercados, pois nessa instrução específica há melhores condições e incentivos para que os agentes econômicos municiem o Cade com as informações mais fidedignas sobre aspectos material e geográfico que caracterizam a delimitação desse importante conceito analítico quando não se discute o caráter ilícito da conduta e se tem assegurado o sigilo

legal das informações compartilhadas.

Não se deve desprezar que é pelo fazer cotidiano, sistemático, repetitivo e técnico que se mostra possível lidar com a assimetria de informação que caracteriza o abismo existente entre a burocracia estatal e o dia a dia dos agentes econômicos em cada mercado, permitindo-se, com o passar do tempo, a extração do reforço legitimatório do agir institucional do órgão, respaldado pelo aprimoramento técnico das instruções e das decisões exaradas pelo órgão, no melhor sentido weberiano que caracterizaria o exercício racional desse tipo de poder (cf. WEBER, 2009, p. 144).

A tecnicidade das decisões do Cade também se revela no juízo valorativo sobre o acervo probatório colhido. Não raras vezes, dada a complexidade que envolve as práticas caracterizadoras de infrações à ordem econômica, o juízo que lastreia uma condenação administrativa depende da avaliação de indícios e provas indiretas, os quais necessitam a complementação de teorias econômicas a fim de explicitar a racionalidade econômica das condutas e o impacto que elas podem provocar no bom funcionamento dos mercados. Uma leitura mais cuidadosa do art. 36 da Lei nº 12.529/11 revela a elasticidade da tipologia definidora das infrações, a qual exige familiaridade com a matéria para adequada extração de seu conteúdo.

Um detalhe ilustrativo do que ora se cogita é que o caso que originou o precedente do STF em análise é proveniente de uma discussão envolvendo o mercado de revenda de combustíveis, um dos segmentos que mais ocupa a pauta histórica de julgamentos do Cade, não se podendo cogitar em análise eventual. Curiosamente, foi justamente nesse mercado, também no Distrito Federal, que o Cade se valeu de uma das medidas interventivas mais drásticas até hoje praticadas, consistente na nomeação de um interventor para gerenciar a rede de postos do agente que detinha o maior *share* na região como forma de tentar extirpar o cartel estrutural que insistia em se manter no mercado relevante da capital. Tal determinação se deu num dos desdobramentos da “operação Dubai”, deflagrada em conjunto com o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e a Polícia Federal (Cade, Inquérito Administrativo nº 08012.008859/2009-86).

Ao final da instrução do referido inquérito, a rede CASCOL, também envolvida no caso que originou o precedente do STF em análise,² acabou firmando voluntariamente um TCC com o Cade, com obrigação de recolhimento de mais de noventa milhões de reais em favor do FDD, sem levar essa discussão ao judiciário.

Ainda que o TCC não envolva o reconhecimento de culpa, seria muito ingênuo admitir que uma empresa se comprometeria a desembolsar tamanha quantia se estivesse 100% segura sobre a licitude de suas práticas investigadas. Ademais, nos termos da subcláusula 2.1 do TCC firmado, os signatários do acordo expressamente reconheceram participação no cartel, assumiram o envolvimento em algumas práticas investigadas pelo Cade e comprometeram-se a cessá-las imediatamente (Cade, Processo Administrativo nº 08700.004602/2016-26).

É de se perquirir, portanto, se o judiciário dispõe realmente das mesmas capacidades institucionais para permitir amplos juízos substitutivos aos julgamentos realizados pelo Cade. Ao que tudo indica, assiste razão à Suprema Corte ao chamar atenção sobre o risco que a intervenção judicial

2 Antes referida como Rede GASOL, o Processo Administrativo nº 0800.024581/1994-77 também abrangeu a Rede de Postos Igrejinha e o Sindicato dos postos revendedores na região, o SINPETRO/DF.

desproporcional pode ensejar, podendo comprometer a “unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos.”

Por fim, o reforço da postura deferente esperada pelo judiciário também perpassa pela constatação de características assemelhadas que o processo administrativo junto ao Cade possui em relação ao processo civil no que tange à oportunidade ao contraditório e à ampla defesa, contando, inclusive, com a participação do Ministério Público Federal para proteção dos interesses difusos envolvidos na discussão da matéria (art. 20 da Lei nº 12.529/11). Vale lembrar que o Código de Processo Civil se aplica subsidiariamente aos processos em trâmite no Cade, por disposição expressa do art. 115 da Lei nº 12.529/2011.

Muitas perguntas derivam das considerações aqui tecidas e podem alimentar outras investigações. Não se tem a pretensão de esgotá-las. Mas, com fundamento no estado da arte que se tem hoje, seja na orquestração harmônica dos poderes constituídos, seja nas disposições vigentes da LINDB, o que se pode extrair do precedente do STF é que cabe ao judiciário rever o que fora praticado pelo CADE, e, nesse mister, corrigir eventuais desvios que o órgão tenha incorrido, especialmente em garantias reservadas ao devido processo legal, já que estamos diante de um arranjo institucional relativamente (i) novo – a Lei nº 12.529/11 entrou em vigência em 29.05.12 – e (ii) desafiador, ao atribuir ao mesmo órgão as competências para instruir e julgar os processos.

Não obstante haja a previsão de mecanismos que procurem blindar a Superintendência-Geral da ingerência de um poder hierárquico típico a ser exercido pelo Tribunal Administrativo, fato é que esse arranjo pode ensejar alguns desvios que não se mostrariam os mais desejados numa perspectiva deontológica sobre o agir procedimental esperado do Poder Público diante de fatos de natureza acusatória.

No equilíbrio institucional de atuação dos poderes constituídos, a revisão judicial sobre o agir procedimental do Cade consistiria num tema rico de contribuição do olhar privilegiado e democrático que o histórico institucional do judiciário possui no respeito às garantias constitucionais dos acusados em geral, levando em conta os mais diversos tipos de processos submetidos ao seu crivo, seja endossando os acertos ou corrigindo eventuais falhas verificadas na práxis do Cade, valendo-se, para tanto, da visão pluralista de raposa, referida por Isaiah Berlin (2002, p.447-505), na compreensão do tema.

Não obstante, cabe mencionar que o histórico de confirmação das decisões do Cade perante o judiciário indica que o órgão também tem observado as boas práticas nessa seara, o que retira qualquer atributo preocupante quanto a esse aspecto. Segundo Paulo Furquim, considerados apenas os casos com trânsito em julgado, “em 83% dos casos em que houve julgamento de mérito, a decisão administrativa foi mantida.” (CJF, 2017, p. 26).

Não faria sentido, portanto, cogitar em julgamentos substitutivos ao já realizados pela autoridade administrativa, visto que essa última goza de melhores condições de escrutínio na extração do sentido aplicativo da lei antitruste.

Ainda que boa parte das considerações aqui tecidas tenha versado sobre discussões envolvendo o exercício da competência repressiva de sancionar condutas anticompetitivas, esse mesmo racional também se aplicaria às demais competências exercidas pelo órgão administrativo. O recorte

mais restritivo de análise se deu apenas para se manter fiel ao tema propriamente discutido no precedente do STF, e sua extensão, para abranger as outras competências do órgão, não desvirtuaria a essência dos fundamentos ora debatidos em favor da deferência judicial.

4. CONCLUSÃO

Bem compreendida a delimitação dos campos de exercício de cada poder, entende-se que a garantia constitucional de inafastabilidade de apreciação judicial diante de lesão ou ameaça a direito restaria preservada, e, mediante uma postura de autocontenção do judiciário em relação às discussões meritórias, toda vez que não restasse evidenciada qualquer ilegalidade ou abuso de poder no agir decisório pelo Cade, a sentença judicial deveria privilegiar a manutenção do que fora decidido na esfera administrativa.

Esse agir, decorrente de estrita observância ao precedente do STF, contribuiria em prol de uma cultura de respeito e credibilidade das instituições num médio e longo prazo, visto que a estabilidade do sentido de aplicação da norma antitruste e sua predicabilidade à sociedade em geral, sinalizando em qual sentido deve se dar a aplicação da lei aos casos semelhantes, perpassa pela manutenção dos julgados da autoridade de defesa da concorrência no país pelo judiciário.

O prestígio das decisões do Cade, assim como de outros órgãos que exercem funções assemelhadas na ordenação dos mercados, notadamente as agências reguladoras, demanda, portanto, uma atividade tipicamente de controle a ser exercida pelo judiciário, centrando-se, em essência, na análise dos requisitos formais, bem como numa releitura da fundamentação ou motivação decisória, já que estamos diante de atos que gozam de presunção de juridicidade e, inexistente qualquer ilegalidade ou abuso, a sentença deveria resultar na confirmação do que fora concluído pela autoridade administrativa como forma de prestigiar o conhecimento técnico detido por esses órgãos, o que, para sociedade, propiciaria a almejada segurança jurídica, aqui compreendida como justa expectativa de que a lei antitruste signifique o que os órgãos especializados assim entendem. Vários outros efeitos irradiariam dessa cultura, como, por exemplo, o incentivo para que todos os interessados busquem esgotar os esforços e argumentos necessários para o bom julgamento da questão perante a esfera administrativa, privilegiando essa seara de discussão.

Nessa toada, entende-se que restariam preservados os objetivos políticos que motivaram a criação desses órgãos em prol de toda sociedade brasileira. Floriano Marques (2002, p. 84) destaca que esses órgãos representam “instrumentos jurídicos aptos à nova regulação estatal”, sendo caracterizados como:

entes administrativos dotados de autonomia e independência, que assumem, em nome do poder político, a função de regular um dado segmento da atividade econômica ou um dado conjunto de interesses metaindividuais. São dotados de grande especialidade, pois se prestam a atuar num subsistema jurídico (conjunto de regras, normas, princípios, finalidades e pressupostos adstritos a um dado setor da vida humana). (grifos nossos)

Se é bem verdade que o Cade possui um histórico mais longínquo, remontando desde a edição da Lei nº 4.137/62, o órgão só ganha relevância institucional a partir da abertura econômica do

país, iniciada a partir dos idos de 1990. Primeiramente, com a Lei nº 8.158/91, mas verdadeiramente revolucionária com a Lei nº 8.884/94, a partir dos arranjos institucionais que reforçaram sua autonomia decisória, inicialmente transformando-o numa autarquia, descentralizando, assim, o poder decisório da administração central para esse novo ente, agora dotado de personalidade jurídica própria, com competência exclusiva para julgar as infrações à ordem econômica no âmbito administrativo.

Além disso, a Lei nº 8.884/94 dispôs sobre a qualificação objetiva para exercício do cargo de conselheiro do Cade (notório saber jurídico ou econômico, além da reputação ilibada), limitando a discricionariedade na indicação de autoridades para exercício no órgão, as quais, também, passariam a ter que contar com a chancela prévia do Senado Federal para restarem nomeadas pelo Chefe do Executivo, outro traço da concordância política exigida entre os poderes constituídos para o bom funcionamento do órgão.

E, por fim, a legislação ainda previu mandato para seus dirigentes e dispositivos expressos que realçavam a ausência de subordinação à pasta ministerial ou mesmo ao Presidente da República sobre o teor decisório das matérias tratadas pela lei, tudo como forma de conferir o melhor arranjo institucional possível para que o processo de tomada de decisão se desse com embasamentos técnicos, minimizando interferências políticas ou pressões externas, com vedação expressa à exoneração *ad nutum* dessas autoridades. Na visão de Vinícius Marques (2015, p.21), ex-Presidente do Cade, esses arranjos, aliados a determinadas práticas verificadas, fez com o Brasil apostasse “no método de construção de práticas mais adequadas – *better practices* – sem enveredar pela importação acrítica das chamadas *best practices*.”

Mas o fato é que a assimilação desses novos arranjos exige tempo para que a comunidade jurídica se familiarize com essas disposições e, não raras vezes, vozes dissonantes recolocam em discussão a conveniência política de tais regras institucionais que, tal como previsto originariamente pela Lei nº 8.884/94, dispunham que as decisões da então Secretaria de Direito Econômico não ensejariam recurso para o seu superior hierárquico (art. 41) e que as decisões do Cade não comportariam revisão em sede administrativa (art. 50). Vale recordar que esses comandos da Lei nº 8.884/94 traziam disposições diametralmente opostas ao que antes estabelecia a Lei nº 8.158/91 que, por meio de seu art. 21, admitia a possibilidade de interposição de “recursos, voluntários ou de ofício, dirigidos ao Ministro da Justiça, das decisões administrativas de defesa da concorrência.” Num intervalo muito curto, portanto, em pouco mais de três anos, mudou-se completamente o tratamento institucional em relação ao tema.

Ilustra o registro dessa disputa a impetração de mandado de segurança, pelo Ministério Público Federal, perante o STJ, questionando decisão do Ministro da Justiça que havia não conhecido de recurso hierárquico apresentado pelo parquet contra decisão proferida pelo Cade, a teor do que dispunha o art. 50 da Lei nº 8.884/94 então vigente. Em voto simples e cirúrgico, no julgamento do MS nº 10.138/DF, a Ministra Eliana Calmon julgou o MPF carecedor de ação por falta de interesse juridicamente protegido, “traduzido este na necessidade e adequabilidade da medida processual intentada, diante dos precisos termos da legislação especial.” O voto foi confirmado por unanimidade pela 1ª Seção do STJ, em acórdão publicado em 28/11/2005.

Essa decisão do STJ foi recentemente confirmada pelo STF que, ao analisar o recurso ordinário interposto pelo MPF, denegou provimento ao apelo (RMS 25.874 – Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª

Turma, julgado em sessão virtual, nos dias 12.3.2021 a 19.3.2021).

A Lei nº 12.529/11 reforça a lógica institucional estabelecida pela Lei nº 8.884/94 e estende a proteção do mandato a outras autoridades do Cade, sendo esse mesmo contexto também verificado nas discussões que acompanharam a aprovação do novo marco regulatório das agências reguladoras no país (Lei nº 13.848/19) e que, mais recentemente, conferiram autonomia funcional ao Banco Central por meio da Lei Complementar nº 179/21.

Vê-se, pois, que não é preciso enveredar em discussões que busquem importar teorias estrangeiras para respaldar a deferência judicial às decisões proferidas pelo Cade, como a incorporação do contexto norte-americano que permitiu o surgimento da “*Chevron Doctrine*.” A “imigração de ideais”, como salienta Bourdieu (2010, p.7), “raramente se faz sem dano”, pois “separa as produções culturais do seu sistema de referências teóricas em relação às quais as ideias se definiram, consciente ou inconscientemente.”

É preciso apenas, como ora aqui se buscou argumentar, bem delimitar o campo de exercício dos poderes legitimamente constituídos pelas leis da República em prol da sociedade brasileira, o que Montesquieu (1758, p. 116), em tom premonitório, já assinalava que ocorreria pelo “movimento necessário das coisas” que forçaria os poderes a caminhar de concerto (“*mais, comme par le mouvement nécessaire des choses, elle sont contraintes d’aller, el les seront forcées d’aller de concert*”).

Ainda que a tripartição de poderes concebida por Montesquieu não seja a mesma que tenhamos hoje no Século XXI, tal como bem explica José Levi (2008, p. 62), a função de separá-los continua a ter sua justificação central assentada na preocupação liberal de evitar abusos contra os direitos dos cidadãos e, mediante os mecanismos de freios e contrapesos concebidos nas faculdades de exercício entre os poderes, evitar a “degeneração institucional.”

Nunca se cogitou, portanto, num arranjo que possibilitasse o rejuízo amplo do judiciário no exercício revisional das decisões proferidas pelo Cade, mas na preocupação central de evitar abusos.

5. REFERÊNCIAS:

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 868, p. 53-68, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. São Paulo: Companhia das letras, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 0800.024581/1994-77**. Disponível em: www.cade.gov.br Acesso em: 08 jan. 2021.

_____. **Inquérito Administrativo nº 08012.008859/2009-86**. Disponível em: www.cade.gov.br

cade.gov.br. Acesso em: 08 jan. 2021.

_____. **Processo Administrativo nº 08700.004602/2016-26**. Requerimento de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) da rede CASCOL. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 08 jan. 2021.

_____. **Cade em números**. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 08 jan. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Seminário “Os Desafios da Judicializa o, da Defesa da Concorrência, da Regula o e do Comércio Internacional – 2015**. Brasília: CJF, Série Cadernos do CEJ, v. 32. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/eventos/eventos-cej/2015/os-desafios-da%20judicializacao-da-defesa-da-concorrencia>. Acesso em 10 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n  1.083.955/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, 28 de maio de 2019. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 08 jan. 2021.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do Direito e Decisão Racional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Vinicius Marques de. A Política de Defesa da Concorrência Quatro Anos Depois: Ainda em Busca de Melhores Práticas? *In*: CARVALHO, Vinicius Marques de (coord.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015.

COELHO, Tulio Freitas do Egito. Judicializa o sob a perspectiva da advocacia concorrencia. *In*: CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015.

COUTINHO, Diogo. Direito e institucionalismo econ mico: apontamentos sobre uma fértil agenda de pesquisa. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 37, n. 3 (148), jul./set. p. 565-586, 2017.

DRAGO, Bruno de Luca. **Responsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FREITAS FILHO, Roberto. **Interven o judicial nos contratos e aplica o dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

KELSEN, Hans. **Jurisdi o constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

KOOP, Christel; LODGE, Martin. **What is regulation?** An interdisciplinary concept analysis in Regulation and Governance. New Jersey: Wiley Publishing, 2015.

MONTESQUIEU. **De l’esprit des lois (1758)**. Versão eletrônica de 2015 disponível em: <http://www.uqac.quebec.ca/zone30>. Acesso em 10 de fevereiro de 2021.

OST, FRANÇOIS. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Revista sobre enseñanza del derecho. Buenos Aires**, número 8, Año 4, 2007, p. 101-130.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

PISTOR, Katharina. **The code of capital: how the law creates wealth and inequality**. U.S.: Princeton, 2020.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. U.S.: Harvard University Press, 2009.

WEBER, Max. **Economia e sociedade – Tomo I**. Brasília: Unb, 2009.

5

DIREITO CONCORRENCIAL E TRIBUTAÇÃO - O DEVEDOR CONTUMAZ E A COMPETÊNCIA DO CADE

*Competition law and taxes - the recurrent debtor
and CADE's role*

Renato Lopes Becho¹

Bráulio Bata Simões²

André Catta Preta Federighi³

RESUMO

O presente trabalho busca investigar a origem do Devedor Contumaz no sistema positivo e suas interações com o Direito Tributário e o Direito Concorrencial. A discussão acima tem especial repercussão nas relações jurídicas que envolvam não só o Direito Tributário, como também as normas de proteção da Ordem Econômica e as especificidades do Direito Concorrencial. A morosidade e a ineficiência dos entes fiscais contribuem para a criação da figura do Devedor Contumaz e os mecanismos de reprovação tributário parecem não demonstrar devida efetividade no combate a tal sujeito. Surge o Direito Concorrencial como uma forma de combate ao Devedor Contumaz, sobretudo mediante a atuação do Cade.

Palavras-chave: Direito Concorrencial; Direito Tributário; Cade; Devedor Contumaz; Livre Concorrência.

ABSTRACT

The present work seeks to investigate the origin of the recurrent debtor in the positive system and his interactions with Tax Law and Competition Law. The discussion above has a special impact on legal relations that involve not only Tax Law, but also the rules of protection of the Economic Order and the specificities of Competition Law. The slowness and inefficiency of the tax entities contributes to the creation of the figure of the recurrent debtor and the mechanisms of tax sanctions do not seem to demonstrate due effectiveness in combating such subject. Competition Law appears as a way to combat the recurrent debtor, especially through CADE's role.

Keywords: Competition Law; Tax Law; Cade; recurrent debtor; Free Competitionw

1 Renato Lopes Becho Livre-Docência (USP) e Doutor em Direito (PUC-SP). Juiz Federal. Professor da PUC-SP. E-mail: rbecho@pucsp.br

2 Pós-Doutor e Doutor em Direito (PUC-SP). Advogado. Professor CEDES. E-mail: bata@bsplaw.com.br

3 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrando em Direito Constitucional Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado em São Paulo. E-mail: andrecpfederighi@gmail.com

Sumário: 1. Introdução; 2. Metodologia; 3. O Direito Tributário e o Devedor Contumaz 4. Elisão, Evasão Fiscal e o Devedor Contumaz; 5. A ineficiência e a morosidade dos entes fiscais como estímulos ao Devedor Contumaz; 6. O Direito Concorrencial e o papel do Cade no combate ao Devedor Contumaz; 7. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A interação entre os diversos ramos do direito é um fato já sedimentado que advém não só em função da complexidade das relações sociais e suas consequências jurídicas, mas também pelas possibilidades que surgem na ciência jurídica, tanto pela via da interpretação sistemática⁴, quanto pelo avanço do conceito doutrinário de diálogo das fontes (MARQUES, 2014). A imbricação entre regras e princípios de um ramo jurídico com outro é uma constante na pragmática jurídica.

Tal constatação não poderia deixar de ser verificada entre o Direito Concorrencial e o Direito Tributário. É cediço que determinadas práticas levadas a cabo por contribuintes os colocam em vantagem competitiva, vez que podem se alavancar às custas do Estado e da sociedade, quando postergam ou se tornam inadimplentes de suas obrigações tributárias. Surge o conceito do Devedor Tributário Contumaz como um elemento de investigação sob o ponto de vista do direito concorrencial.

Poderia o Estado, reprovar o Devedor Tributário Contumaz nos dois âmbitos: tributário e concorrencial? Nesse sentido, devemos investigar quais os parâmetros e limites impostos por estes dois ramos do direito, no que tange a dissuadir ou punir tais condutas.

Ganha importância estudar as condutas que levam ao conceito de Devedor Contumaz, inclusive com a investigação a respeito dos elementos fáticos que podem conceituar tal agente e os limites do planejamento tributário no que tange aos conceitos de Elisão e Evasão fiscal.

Nesse contexto, a constatação da ineficiência e morosidade da máquina pública em responsabilizar e impedir a existência do Devedor Contumaz, deve ser cotejada com a competência dos órgãos de defesa da concorrência como potenciais mecanismos de dissuasão ou reprovação do Devedor Contumaz no sistema.

2. METODOLOGIA

O texto que segue é desenvolvido em três partes principais. Na primeira parte, será apresentado o panorama descritivo da situação do Devedor Contumaz no Brasil, com base na literatura jurídica e econômica já produzida a respeito do tema. Nesta parte com enfoque teórico, serão traçadas as distinções entre conceitos afins, como Elisão, Evasão, Sonegação e Contumácia.

4 Leciona Ferraz Jr. que “[...] falemos em interpretação sistemática (*stricto sensu*). A pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento. Há aqui um paralelo entre a teoria das fontes e a teoria da interpretação. Correspondentemente à organização hierárquica das fontes, emergem recomendações sobre a subordinação e a conexão das normas do ordenamento num todo que culmina (e principia) pela primeira norma-origem do sistema, a Constituição”. (FERRAZ JR, 2007, p. 293.)

Na segunda parte, será analisado como a ineficiência dos Entes Fiscais pode se traduzir em estímulo à prática da contumácia com suporte em dados empíricos, produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”) em seu relatório anual “Justiça em Números”.

Por fim, na terceira parte, será realizada uma análise crítica da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) relativa aos casos de Devedor Contumaz, visando o estabelecimento de critérios para que se possa engendrar o papel do citado órgão no combate à contumácia. Para a análise crítica da jurisprudência, será explorada a pesquisa “*Concorrência e Tributação*”, elaborada pelo Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (“CEDES”) em 2019.

3. O DIREITO TRIBUTÁRIO E O DEVEDOR CONTUMAZ

A fim de tratar o tema com a acuidade que se demanda, é necessário, preliminarmente, estabelecer algumas premissas especialmente relacionadas aos conceitos que serão tratados neste trabalho. Entendemos que o objeto mais atual do direito tributário deixou de ser o tributo e se tornou o homem sujeito de deveres e direitos perante a obrigação tributária⁵. Obviamente que a prática de verter recursos aos cofres públicos deve observar os estreitos limites constitucionais (CARRAZZA, 2013, p. 37) postos em nossa Constituição Federal, que, vale sempre deixar afirmado, é objeto de constantes violações por parte dos entes fiscais. Não obstante tal constatação, entendemos o tributo como indispensável ao financiamento do Estado e das políticas públicas⁶.

Queremos deixar assentado que a tributação é uma exigência, extremamente custosa, mas indispensável quando pensamos no pacto social. Obviamente que tal exigência é um dos mais relevantes custos de qualquer atividade empresarial, o que leva pessoas e empresas a planejarem suas condutas, inclusive em âmbito internacional, para elidir a tributação, vez que, é inegável que a verdadeira aliança e fidelidade do dinheiro é com a segurança e os lucros⁷.

Caso um sujeito de deveres tributários consiga se esquivar de tais obrigações, estará em nítida vantagem competitiva em relação aos seus concorrentes. Isto ocorre em função não só dos valores objeto das obrigações tributárias, mas também em função dos custos de oportunidade e demais gastos com a observância das normas tributárias – o chamado *compliance* tributário⁸, ou custos de conformidade tributária (*compliance costs of taxation*) (CARVALHO, 2019, p. 983).

5 Leciona Becho que “Colocar o homem no centro do direito tributário implica afirmar que a simples arrecadação não é mais o fim último do direito tributário. A finalidade do direito tributário é fazer da arrecadação um ato de justiça social, com limites, com proteções ao contribuinte diante da força e da voracidade do Estado.” (BECHO, 2009, p. 351)

6 Leciona Weiss que “[...] os direitos fundamentais proclamados na Constituição somente são exercíveis se o Estado puder provê-los ou garanti-los, o que demanda recursos financeiros por parte da sociedade.” (WEISS, 2009, p. 119)

7 De acordo com a lição de Adams, “A mensagem importante de hoje, ou para qualquer tempo na história, é que o dinheiro tem alianças apenas com a segurança e os lucros. [...] Qualquer nação que ofereça segurança e melhores lucros pode esperar uma avalanche de dinheiro. Isto é uma verdade tanto quanto a busca pela autopreservação”. Livre tradução nossa, no original consta: [...] *The important message for today, or for any time in history, is that money has allegiance only to safety and profits. [...] Any nation that offers safety and better profits can expect an avalanche of money. This is much a truth about human nature as the drive for self-preservation*”. (ADAMS, 2012, p. xi.)

8 O termo *compliance* advém do idioma inglês, do verbo *to comply*, que significa “agir de acordo com as regras”.

Especialmente, no Brasil, de acordo com um estudo da FIESP do ano de 2012⁹, existe um alto custo apenas para manter a empresa com a observância de todas as obrigações tributárias. Também, neste ano de 2020, um estudo do Banco Mundial, em parceria com a companhia britânica de auditorias PricewaterhouseCoopers (“PWC”), revelou o tempo gasto para estar em conformidade com as obrigações tributárias brasileiras: absurdas 1.501 horas, sendo que a média mundial é de 234 horas (PWC, 2020).

Claramente, seguir a lei e honrar com as obrigações tributárias no Brasil é um grande fator que impacta a atividade de qualquer empresário. Neste aspecto, vale sempre lembrar da famigerada Curva de Laffer, modelo proposto pelo economista norte-americano Arthur Laffer que demonstraria que, “em certas situações, quanto maior a alíquota de um tributo, menor será a sua arrecadação. O tributo ótimo estaria no ponto de intersecção entre alíquota e a sua arrecadação” (CARVALHO, 2018, p. 237), de forma que, muitas vezes, quanto mais elevada fosse a carga tributária e o peso da tributação, maiores seriam as tentativas de fuga das obrigações pelos contribuintes.

Contudo, não obstante as notórias críticas ao sistema tributário brasileiro, fato é que, ao se esquivarem de tais regras, os agentes econômicos passam a possuir uma vantagem competitiva em relação aos seus rivais do mesmo segmento. Porter explica que, para atingirem sucesso competitivo, as empresas devem perseguir ao menos um dos dois critérios a seguir: menores custos ou produtos diferenciados que permitem preços mais altos (PORTER, 1990, p. 10.).

Se dentro de um mercado livre as vantagens competitivas são vistas como legítimas, fruto de um processo natural de desenvolvimento organizacional e tecnológico¹⁰, devendo ser incentivadas; as vantagens obtidas por meios ilícitos, como é o caso da contumácia ou da sonegação, devem ser combatidas, visto que subvertem a lógica tradicional de mercado de coroar aqueles que mais eficientemente produzem.

Dentro dessa lógica perversa de mercado, passam a ganhar participação relevante aqueles que mais fraudam, sonégam ou evadem a tributação (MATTOS, 2019, sem paginação), podendo assim praticar violações à concorrência por via reflexa, como é o caso da prática de preços predatórios, uma vez que o montante “economizado pode ser utilizado para outros fins (BAGUS, BLOCK, EBRASU, HOWDEN & ROSTAN, 2011, pp. 24-26).

Assim, a “competitividade espúria” deve ser diagnosticada e pulverizada por meio de diferentes áreas do Direito, como o Direito Penal, o Direito Concorrencial e até mesmo o Direito Tributário, baseando-se no trinômio *dever, consciência e aderência a normas* (SLEMROD, 2018, p. 80).

Um recente exemplo noticiado em vários veículos de comunicação, foi o caso da rede varejista Ricardo Eletro, que, de acordo com os dados divulgados (FAGUNDES e MENEZES, 2020, sem paginação), teria sonégado, entre os anos de 2014 e 2019, por volta de R\$ 380 milhões. Uma vez confirmado tal dado, seria possível afirmar que seus potenciais rivais do segmento seriam impactados por tal

9 Em 2012 a FIESP concluiu que foram gastos R\$ 24,6 bilhões com custos de conformidade à tributação pela indústria de transformação brasileira. (FIESP, 2013, p. 4). O mesmo estudo, quando realizado em 2018, concluiu que o custo de conformidade à tributação pela indústria de transformação brasileira aumentou para R\$ 37,2 bilhões neste intervalo (FIESP, 2019, p. 8)

10 A Livre Concorrência em matéria tributária significa uma concorrência saudável, que valorize os processos schumpeterianos de seleção das empresas mais eficientes no mercado. (SCHUMPETER, 2017, p. 119)

efetiva economia ilícita, que, muito provavelmente, seria refletida nos preços mais baixos artificialmente praticados, vulnerando, assim, a livre concorrência.

Nestes termos, se revela óbvio que um agente que não honre com as pesadas obrigações tributárias de poderá empregar um custo menor de produção, e conseqüentemente, terá condições de ofertar um produto de preço artificialmente menor, com nítida vantagem competitiva e em prejuízo a todos aqueles que respeitam as normas tributárias.

Gary Becker, célebre economista americano da Universidade de Chicago, chegou inclusive a criar o conceito do “infrator racional” (MATTOS, 2019, sem paginação) para descrever tais situações: seria aquele agente que realiza, antes de praticar a conduta ilícita, uma análise de custo-benefício para verificarem se suas vantagens competitivas adquiridas compensam os custos esperados da infração. Sua análise econômica do crime o fez verificar que os agentes econômicos agem racionalmente na verificação dos riscos advindos da fiscalização. Dessa forma, incentivos para o cometimento da conduta ilícita, relativos à fiscalização tributária e ao *enforcement* dos agentes reguladores (SLEMROD, 2018, pp. 79/80), devem ser balanceados em qualquer análise da probabilidade de ser pego. Tal questão será aprofundada no item 5.

No Brasil, tal constatação leva a um inevitável questionamento: os devedores contumazes se beneficiam de nosso sistema tributário e conseqüentemente, ao não honrarem com suas obrigações tributárias, prejudicam não só o sistema tributário, mas também o ambiente concorrencial?

4. ELISÃO, EVASÃO FISCAL E O DEVEDOR CONTUMAZ

Vale destacar que a figura do Devedor Contumaz deve ser bem-conceituada para não gerar confusões com outros importantes conceitos. Ao falarmos de Devedor Tributário Contumaz não desejamos tangenciar, *a priori*, os conceitos de Elisão e Evasão Fiscal, que buscam sua diferenciação no âmbito da licitude dos atos para a obtenção de vantagens fiscais. Assim, enquanto Elisão significa eliminar tributos de forma lícita, o termo Evasão indica a conduta de evitar os tributos de forma ilícita¹¹.

A Elisão fiscal, como visto acima, é um direito do contribuinte e se revela no âmbito do planejamento tributário¹². Aqui, por meio da interpretação e das lacunas da lei, o contribuinte busca evitar a ocorrência da tributação, ou então opta por um regime de tributação mais favorável. Não pretendemos abordar exemplos de planejamentos tributários, tampouco os embates a respeito de abuso de direito ou a norma geral antielisiva com os direitos dos contribuintes, vez que fugiria ao objeto deste trabalho. Contudo, desde já consideramos que o conceito de Devedor Tributário Contumaz não

11 Na lição de Barros Carvalho, “[...] (Elisão) é lícita, consistindo na escolha de formas de direito mediante as quais não se dá a efetivação do fato tributário, e conseqüentemente, impedindo o nascimento da relação jurídica, a segunda (Evasão) decorre de operações simuladas em que, ocorrido fato de relevância para o direito tributário, pretende-se ocultá-lo, mascarando o negócio praticado.” (CARVALHO, 2014, p. 83)

12 Como bem leciona Torres, “[...] o “planejamento tributário” não é mais que um procedimento de interpretação do sistema de normas (especialmente as tributárias e as de direito privado), visando à criação de um modelo de ação para o contribuinte, que poderá consistir tanto numa escolha dos atos jurídicos que coincidam com hipóteses de não incidência, quanto de isenção (total ou parcial) ou mesmo de negócios mais favoráveis, para obter o resultado desejado, de eliminação ou de redução do tributo devido”. (TÔRRES, 2003, p. 175)

encontra guarida na Elisão fiscal, tampouco no planejamento tributário.

Já, quanto ao termo Evasão fiscal, sempre deve ser lembrada outra conexão existente em nosso sistema positivo: o direito tributário e o direito penal, com as condutas previstas na Lei nº 8.137/90, responsável pela definição dos crimes contra a ordem tributária.

Sem dúvida que as condutas de Evasão fiscal também podem ser responsáveis por um desequilíbrio de mercado, e, conseqüentemente, uma concorrência desleal. Apenas a título de exemplo, podemos destacar os casos de contrabando e descaminho recorrentes na indústria de cigarros. De acordo com recente notícia do jornal *O Estado de São Paulo* (FORÚM NACIONAL CONTRA A PIRATARIA E A ILEGALIDADE. 2020, Sem paginação), estima-se que o Brasil perde R\$ 12,2 bilhões anuais em arrecadações de impostos, sendo que hoje, de cada dez cigarros consumidos no Brasil, seis são ilegais. A explicação para a diferença de preço reside, novamente, em função da diferença da carga tributária: enquanto no Brasil é de por volta de 70%, no Paraguai é de 18%.

Vale lembrar que o mero fato de ser devedor de tributos não caracteriza crime contra a ordem tributária. Contudo, tal afirmação ganhou tons de debate em função do recente julgamento do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº163334¹³, de forma que foi fixada a tese de que “o contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do artigo 2º (inciso II) da Lei 8.137/1990”. Não obstante não concordarmos com a decisão, por motivos que desbordariam do presente trabalho, entendemos que esta exceção (especificadamente para o ICMS) não constitui a regra, de forma que a máxima de declarar tributo e não pagar, em regra, não constitui crime. Contudo, por se tratar de crimes, também não interessa ao conceito de Devedor Contumaz, tampouco aos objetivos deste trabalho. Entendemos que a reprovação da conduta dos sonegadores fiscais, *stricto sensu*, deve se dar em âmbito criminal tributário, com mecanismos de fiscalização cada vez mais eficientes a serem utilizados pela Receita Federal do Brasil, Polícia Federal e Poder Judiciário por meio de suas competências criminais.

Superadas tais confrontações, passemos ao conceito de Devedor Tributário Contumaz. Para Edson Vismona, presidente do Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (“ETCO”), Devedor Contumaz é aquela “[...] empresa que declara possuir uma dívida tributária, mas de forma reiterada e premeditada não age para quitá-la”, sem cometer crime, de forma que, ainda, “[...] o não pagamento dos tributos é repassado para o preço dos produtos, que ficam artificialmente mais baratos” (LEORATTI, Alexandre, 2020, sem paginação).

Infelizmente ainda não temos uma legislação específica que tenha como propósito definir as condutas e as sanções para um Devedor Contumaz. Contudo, dois projetos de lei em tramitação no Congresso contêm dispositivos que podem eliminar esta lacuna legal: o Projeto de Lei do Senado (“PLS”) nº 284/2017 e o Projeto de Lei (“PL”) nº 1646/2019.

Interessante destacar que o PL nº 1646/2019 conceitua o Devedor Contumaz, logo no artigo 1º, parágrafo único: “*Considera-se Devedor Contumaz o contribuinte cujo comportamento fiscal se caracteriza pela inadimplência substancial e reiterada de tributos*”. No artigo 2º do mencionado projeto

13 STF. RHC 163334, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020

temos os atos que poderão indicar a instauração de um procedimento especial contra o Devedor Contumaz, de forma que poderá ser instaurado no caso de haver indícios de (i) que a pessoa jurídica tenha sido constituída para a prática de fraude fiscal estruturada, inclusive em proveito de terceiros; (ii) que a pessoa jurídica esteja constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas ou o verdadeiro titular, na hipótese de firma individual; (iii) que a pessoa jurídica participe de organização constituída com o propósito de não recolher tributos ou de burlar os mecanismos de cobrança de débitos fiscais; ou mesmo (iv) que a pessoa física, devedora principal ou corresponsável, deliberadamente oculta bens, receitas ou direitos, com o propósito de não recolher tributos ou de burlar os mecanismos de cobrança de débitos fiscais.

Ainda, no §1º do artigo 2º encontramos o montante de quinze milhões de reais como valor estipulado para fins de limite mínimo para que a inadimplência substancial e reiterada de tributos possa justificar a instauração do procedimento administrativo. Cabe destacar que o mesmo dispositivo estabelece a necessidade de que tal dívida esteja em situação irregular por período igual ou superior a um ano.

Entendemos a limitação de valor como um aspecto salutar do projeto de lei. Realmente o tratamento diferenciado deve ser reservado para casos específicos que revelem um dano significativo ao erário.

Ainda, no artigo 3º, visualizamos as restrições legais impostas em caso de caracterização do Devedor Contumaz, que podem vir a ser (i) o cancelamento do cadastro fiscal do contribuinte pessoa jurídica ou equivalente e, cumulativamente, (ii) o impedimento de fruição de quaisquer benefícios fiscais, pelo prazo de dez anos.

Como já destacado, as propostas normativas acima ainda se encontram em discussão na Câmara dos Deputados. Desta feita, nada de concreto, no âmbito do Direito Tributário Positivo, tem o condão de conceituar o Devedor Contumaz, sendo tal tarefa, reservada, por ora, para a doutrina.

Em nosso entender, o Devedor Contumaz pode ser considerado como um *tertium genus* em comparação aos conceitos de Elisão e Evasão fiscal. Mesmo que suas condutas não sejam consideradas, *a priori*, atos de Evasão fiscal ou crimes tributários, também não podem ser considerados como atos de Elisão fiscal resultantes de um planejamento tributário lícito, ao menos sob o aspecto *stricto sensu*, vez que, consideramos que o simples ato de não pagar tributos não pode ser alocado como um verdadeiro Planejamento Tributário.

Nesta seara é comum que tais devedores mudem de endereço constantemente, insiram terceiros alheios aos negócios sociais, componham uma cascata de personalidades jurídicas para dificultar que o Estado consiga atingir o proveito econômico, mas, muitas vezes, nem mesmo tais condutas são reveladas. Na realidade, em grande parte, o Devedor Contumaz utiliza a ineficiência do sistema contra o próprio sistema. Tal abordagem será explorada no próximo item.

5. A INEFICIÊNCIA E A MOROSIDADE DOS ENTES FISCAIS COMO ESTÍMULOS AO DEVEDOR CONTUMAZ

Avançando no tema, entendemos que o Devedor Contumaz também é um resultado da ineficiência e morosidade da máquina tributária estatal. De acordo com Becho (BECHO, 2018, p. 253-258),

alguns dados importantes a respeito da morosidade e ineficiência da máquina estatal podem ser elencados.

O brocardo *“dormientibus non succurrit jus”* se aplica de longa data sobre as relações jurídicas. O efeito do tempo sobre o Direito encontra importância em complexas análises que tangenciam os institutos da decadência e prescrição, bem como, os princípios da duração razoável do processo e Segurança Jurídica, dentre outros. Com o passar do tempo, as situações mudam, pessoas morrem, documentos se perdem e bens deixam de existir. Neste aspecto vale lembrar o indicativo da sobrevivência das pessoas jurídicas em nossa Sociedade.

Tomando como referência as empresas brasileiras constituídas no ano de 2006, a taxa de sobrevivência para empresas de até 02 (dois) anos de atividade foi de 73,1%, o que revela uma taxa de mortalidade empresarial média de quase 27% (SEBRAE, 2011, p. 14). Em outro estudo do Governo Federal, para o ano de 2009, a cada dez empresas constituídas no ano de 2007, duas já haviam deixado o mercado no ano seguinte e quatro não existiam mais após dois anos, o que indica que 40% das empresas deixam de existir no Brasil após dois anos de atividade (IBGE, 2009, p. 29).

Outros dados, indicam que em determinados ramos, a taxa de mortalidade empresarial chega a até 70% (MATOS, 2011, sem paginação). Já em 2015, o IBGE reportou que 60% das empresas com pouco mais de 5 anos fecham suas portas (IBGE, 2015, *passim*). Por enquanto, só no ano de 2020, com a contribuição da pandemia de COVID-19, 1,3 milhão de empresas encerraram suas atividades no Brasil (INDIO, 2020, sem paginação).

Em função destes dados, constatamos que, se as execuções fiscais demorarem dois anos para serem ajuizadas, a chance de as pessoas jurídicas executadas não serem encontradas é, em torno de 40 a 60%. Contudo, nos indagamos, qual tem sido o prazo utilizado pelos exequentes fiscais para propor tais ações?

Becho responde a tal questionamento, inclusive com dados extraídos do Relatório de Avaliação da Execução de Programas de Governo nº 21 (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, sem data, sem paginação), em que se conclui pela *“ineficiência do processo de inscrição da DAU (Dívida Ativa da União), devido à grande intempestividade no envio dos créditos fiscais pela RFB a serem inscritos na DAU”*, concluindo que, em média, o prazo apenas para o ajuizamento das execuções fiscais é muito superior a dois anos, como pode ser observado na praxis forense, de forma que *“[...] a administração tributária federal está dormindo na busca do crédito público, como também está descumprindo a legislação”* (BECHO, 2018, p. 255).

Desta feita, a questão do Devedor Contumaz envolve, comprovadamente, a ineficiência e a morosidade da Receita Federal do Brasil em identificar tal devedor, e da Procuradora da Fazenda Nacional em buscar o Crédito Tributário. Na realidade, estes devedores se valem da morosidade da administração tributária federal, vez que sabem que até serem descobertos, a chance de passar dez ou mais anos é muito grande. Desta forma, o Devedor Contumaz é um reflexo da máquina tributária federal.

Vismona opina ainda que a lentidão do Judiciário também contribui com a atuação do Devedor Contumaz (LEORATTI, 2020, sem paginação), pontuando que a “guerra de liminares” no setor de combustíveis reflete nas condutas do Devedor Contumaz. De fato, o relatório do CNJ de 2020, conti-

nua estabelecendo no topo do ranking da taxa de congestionamento do Judiciário as famigeradas execuções fiscais, com uma taxa de 86,9% (CNJ, 2020, p. 76). Para se ter uma ideia, de cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2019, apenas treze foram baixados.

Não obstante concordarmos que, muitas vezes, o Poder Judiciário é responsável pela insegurança jurídica do sistema, entendemos que, especificadamente, quanto às execuções fiscais, mais um dado merece ser analisado: em sua grande maioria, a taxa de congestionamento advém de condutas, mais uma vez, do próprio ente fiscal exequente, que não observa a duração razoável do processo ou então posterga a tramitação dos executivos fiscais de forma protelatória. Tal fato também já foi exaustivamente analisado em outros trabalhos, sobretudo no que diz respeito à falta de prazos para os exequentes se manifestarem nos executivos fiscais (BECHO, 2018, p. 161), o que contribui para a eternização do crédito tributário.

Outro aspecto que reflete a ineficiência do sistema é o histórico brasileiro de constantemente lançar programas de refinanciamentos e parcelamentos (os famigerados “REFIS”), inclusive com a recente Transação Tributária, estabelecida pela Lei nº 13.988/20, com descontos em juros e multas que chegam a 100% nos casos da chamada “transação excepcional”.

Não obstante a válida intenção do legislador, inclusive por aplicar tais normas para as dívidas intituladas de “irrecuperáveis ou de difícil recuperação”, fato é que, a constante possibilidade de descontos e parcelamentos contribui para um espírito de inadimplência, pois constituem incentivos jurídicos e econômicos para tal comportamento. Como bem colocam Pantoja e Peñaloza (PANTOJA & PEÑALOZA, 2014, p. 39), o relacionamento entre o contribuinte e a Administração Tributária é elemento a ser considerado na equação da Evasão (e da Contumácia), assim como princípios morais e a imitação do comportamento social. Assim, conforme já bem estabelecido na literatura econômica (ORVISKA & HUDSON, 2002, pp. 100-101) a respeito do tema da Evasão Fiscal, a criação de um senso de dever cívico é um dos elementos que impacta de maneira positiva na percepção da Evasão Fiscal como moralmente errado, de forma a reduzir a sua ocorrência. O mesmo pode ser aplicado, logicamente, à Contumácia.

O Devedor Contumaz sabe que será vantajoso deixar de observar as pesadas obrigações tributárias, pois em um futuro próximo, algum programa de refinanciamento proporcionará descontos vantajosos. Dessa forma, o Devedor Contumaz se financia por meio do Estado Brasileiro, ainda que por um período, e mais, às custas da sociedade, que fica sem o abastecimento dos cofres públicos e a realização dos deveres sociais do Estado.

Em função da constatada ineficiência, a resposta do sistema acaba por prejudicar ainda mais a questão. Em busca de um “tempo perdido” o Estado acaba por criar novas práticas, conceitos e manobras jurídicas que nos fazem lembrar do poeta português Bocage, ao afirmar que “[...] a emenda foi pior que o soneto”¹⁴.

14 “A frase tem origem em uma história que envolve o poeta Manuel Maria Barbosa du Bocage (1765-1805). Conta-se que um aspirante a poeta teria abordando-o, solicitando-lhe uma opinião sobre um soneto que tinha escrito e pedindo-lhe que fizesse as emendas que fossem necessárias. Bocage teria concordado e, no dia seguinte, o aspirante teria encontrado com o mestre. Para surpresa do rapaz, Bocage não tinha feito uma única emenda no soneto e nem mesmo se mostrava satisfeito com a obra. O poema era e fato ruim, tão ruim que não havia emenda possível. Ou então, se fosse emendado, correções seriam tantas que a emenda ficaria pior que o soneto.” (CRATO, 2009, p. 131)

Uma vez que a atuação jurídica tributária dos entes fiscais, em função de sua ineficiência e morosidade, é incapaz de corrigir as arestas do sistema em tempo hábil, parte para alternativas que acabam por violar a própria Constituição e os princípios que sustentam o sistema jurídico na tentativa de recuperar um tempo perdido.

Mais uma vez, a título exemplificativo, as constantes tentativas inconstitucionais de configuração da responsabilização tributária, buscam no deslocamento do eixo do sujeito passivo tributário a solução para o problema e são um retrato desta análise. Uma vez que o contribuinte e os bens já desapareceram e o Fisco chegou tarde demais, busca na Responsabilidade Tributária uma forma de solucionar o problema. Sai de cena o contribuinte e entra o responsável tributário como uma espécie de remédio para todos os males.

Na mesma linha de raciocínio da inconstitucionalidade (BATA, 2018, pp. 280/281) da Súmula 435¹⁵ do Superior Tribunal de Justiça, por criar uma espécie de responsabilização tributária sem respaldo legal, a aplicação da teoria da *actio nata* na responsabilização tributária e no redirecionamento da execução fiscal para terceiros, que continua pendente de análise pela sistemática dos repetitivos, por meio do REsp nº 1.201.993, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, afirma que o prazo de redirecionamento para os responsáveis tributários nasceria a partir do momento em que o juízo de origem se convenceu da inexistência de patrimônio da pessoa jurídica ou então a partir do momento em que for constatada a “ocorrência da hipótese legal de responsabilidade tributária”. O risco de se manter o posicionamento do julgamento acima é que o sistema jurídico estará admitindo redirecionamentos sem prazo. Na prática, ser sócio de pessoa jurídica pode, em tese, tornar o débito imprescritível.

Ainda, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (“PGFN”) editou a portaria nº 948, em setembro de 2017, estabelecendo o “Procedimento Administrativo de Reconhecimento de Responsabilidade” (PARR), e passou a notificar responsáveis, com dívidas já extintas pela ocorrência da prescrição intercorrente, para que efetuassem o pagamento do tributo. Na pragmática tributária, já visualizamos casos práticos de tentativas de redirecionamento por meio do PARR para execuções fiscais que estavam sobrestadas há mais de 10 anos!

Entendemos que, além do já mencionado desrespeito à Constituição e aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, legalidade, segurança jurídica e duração razoável do processo, tais exemplos se mostram, na maioria dos casos, ineficazes e refletem de forma contundente que o tratamento para o Devedor Contumaz é outro que não a responsabilidade tributária.

Se tais “punições” e responsabilizações não tem se mostrado eficientes, outro aspecto que sempre deve ser cotejado é o estímulo à conformidade tributária. Assim, podemos nos indagar a respeito dos incentivos aos contribuintes adimplentes. Neste aspecto, em âmbito federal, se destaca o bônus de CSLL¹⁶, que de forma tímida, “premia” as pessoas jurídicas submetidas ao regime da tributação com base no lucro real ou presumido, que estejam integralmente em conformidade tributária,

15 STJ. Súmula 435: “*Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*”.

16 Art. 38 da Lei nº 10.637/02.

sem atrasos ou qualquer tipo de cobranças com o fisco federal, com um desconto de irrisórios 1% da base de cálculo da CSLL, a cada período de 5 anos.

Em sentido semelhante, o fisco Estadual Paulista editou o Programa de Estímulo à Conformidade Tributária (Programa “nos Conformes”), veiculado pela Lei Complementar nº 1.320/18, com seu respectivo “Sistema de Classificação dos Contribuintes”, introduzido pelo Decreto nº 64.453/2019. Na palavras de Carvalho (CARVALHO, 2019, p. 1004), tendo como critério o perfil de risco dos contribuintes e como propósito estimular a autorregularização, o programa promete oferecer vantagens futuras aos contribuintes melhor ranqueados (distribuídos conforme os riscos que oferecem aos cofres públicos entre as notas A+, A, B, C, D, E e NC).

Não obstante a honrável intenção dos legisladores federal e paulista, entendemos, data *venia*, que tais iniciativas têm se mostrado tímidas e ineficientes para alterar a realidade do Devedor Tributário Contumaz.

Ainda, podemos nos indagar, um outro aspecto sobre este tema: se os programas de denúncia dos entes fiscais têm demonstrado algum resultado como forma de dissuadir as condutas dos devedores contumazes. Inclusive, tais programas de incentivo aos denunciadores, denominados de *whistleblowers*¹⁷ na doutrina internacional, vem se mostrando eficazes no direito comparado, sobretudo pelo pagamento de prêmios em valores ao delatores¹⁸.

No Brasil, não temos notícia a respeito de programas semelhantes, com a intenção de pagamento de prêmios para os delatores de esquemas de Sonegação Tributária. Contudo, tanto a Receita Federal, quanto a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional disponibilizam canais de denúncias contra fraudes e sonegações. Esta última, disponibiliza uma aba no sistema online do Regularize, com um canal de denúncias patrimoniais: “*Se você está desconfiado que alguma empresa ou pessoa está praticando fraude para encobrir patrimônio perante a Fazenda Nacional, use este canal para registrar uma denúncia*”¹⁹.

Sem adentrar em debates jurídicos ou mesmo morais a respeito destes programas de delatores, entendemos que a esta iniciativa, ainda que relativamente preambular, também não se revela eficaz no combate ao Devedor Tributário Contumaz.

Assim, devemos nos indagar se outros ramos do direito poderiam socorrer o sistema como opções dissuasivas para o combate ao Devedor Tributário Contumaz. Surge a potencialidade do Direito Concorrencial no combate ao Devedor Contumaz.

Contudo, não estamos alheios aos desafios em matéria de Direito Tributário para os órgãos de defesa da concorrência. Nos indagamos se o Direito Concorrencial poderia utilizar de sua normatividade para combater o Devedor Tributário Contumaz com maior celeridade e efetividade do que a

17 A palavra *whistleblower* do idioma inglês pode ser traduzida como “denunciante ou delator” para o idioma português e significa, na literalidade, aquele que assopra o apito para denunciar práticas ilícitas

18 Kohn esclarece que, a título de exemplo, o Canadá tem se demonstrado como um dos países, ao lado dos Estados Unidos, que mais recompensam financeiramente os delatores de fraudes fiscais, com “prêmios” que variam de 5 a 15% dos tributos efetivamente recuperados. (KOHN, 2017, p. 352)

19 Tal informação pode ser encontrada no portal do Sistema Regularize, da Procuradoria da Fazenda Nacional, disponível em <https://www.regularize.pgfn.gov.br>

visualizada até hoje no Direito Tributário.

Contudo, quais os desafios de tal abordagem? Pensamos que são dois, primeiramente a caracterização legal do Devedor Contumaz, que é questão conceitual interna do próprio Direito Concorrencial, e, em segundo lugar, encontrar meios de combater o Devedor Contumaz e retirá-lo do mercado para que ele não possa prejudicar seus concorrentes por meio de condutas desleais.

6. O DIREITO CONCORRENCIAL E O PAPEL DO CADE NO COMBATE AO DEVEDOR CONTUMAZ

A Constituição da República, em seu Título VII, que trata Da Ordem Econômica e Financeira, estabelece logo no Capítulo I, a respeito dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (Art. 173, § 4º), sujeitando a pessoa jurídica às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica. Ainda, estabelece o art. 174, caput, que o Estado exercerá, dentro dos limites da legalidade, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica.

Como podemos visualizar, o Estado brasileiro se comprometeu a reprimir as condutas que revelem a dominação dos mercados e o aumento arbitrário dos lucros, inclusive pela eliminação da Concorrência. O que se busca é estabelecer o Princípio da Livre-concorrência, garantindo a Liberdade Econômica, competindo ao Estado defender tal ideal. Em outros termos, a Constituição da República optou pelo *“desenvolvimento de uma economia de mercado, na qual, o Estado possui um papel essencial de preservação do espaço concorrencial”* (NETO & CASAGRANDE, 2015, item 1.2).

O Princípio da Livre-concorrência é corolário da Livre-iniciativa, de forma que pode ser equiparado ao princípio da defesa de mercado. Assim, concorrência é, segundo Figueiredo, *“[...] a ação competitiva desenvolvida por agentes que atuam no mercado de forma livre e racional”*, de modo que a disputa saudável por parcela de mercado é a regra, estando o Estado autorizado a *“[...] intervir de forma a garantir que a competição entre os concorrentes de um mesmo mercado ocorra de forma justa e sem abusos oligopólio, truste, cartel etc.”* (FIGUEIREDO, 2014, item 2.4.4).

Cabe ao Estado, oferecer proteção ao devido processo competitivo em sua Ordem Econômica, reprovando condutas que possam gerar ruídos desestabilizadores destes ideais constitucionais. Em suma, o Estado possui um dever e um papel essencial na preservação do espaço concorrencial.

Diante de tais premissas, natural abordar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e sua composição, inclusive com respeito à competência do Cade, criado pela Lei nº 4.137/1962, e atualizações legislativas por meio das Lei nº 8.884/94 e Lei nº 12.529/11 (atual Lei de Defesa da Concorrência - “LDC”), no que tange à transformação do Conselho e reformulações implementadas com vistas ao potencial combate ao Devedor Contumaz.

Hoje o Cade possui natureza jurídica de autarquia federal e passou a concentrar as funções institucionais e decisórias de autoridade da defesa da concorrência. De acordo com o artigo 31 e 32 da Lei nº 12.529/11, são sujeitos destinatários da LDC as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, e as associações de entidades ou pessoas lato sensu (art. 31 da LDC), sendo responsáveis pela infração à Ordem Econômica tanto a empresa per se, como também seus dirigentes ou adminis-

tradores, solidariamente.

A doutrina explica que “o escopo de aplicação subjetiva da Lei é bastante aberto, incluindo desde pessoas físicas, até sociedades empresárias ou não”, de forma que a “pretensão do legislador foi atingir qualquer pessoa ou organização atuante no mercado, cujos atos possam distorcer a concorrência” (NETO & CASAGRANDE, 2015, item 2.2).

A priori, nos parece que o conceito de Devedor Tributário Contumaz se encaixa potencialmente nos artigos acima, podendo ser considerado como sujeito destinatário das normas de proteção da concorrência.

Obviamente que não defendemos que a pura condição de Devedor Tributário possa acarretar consequências no âmbito do Direito Concorrencial. Os casos de Devedores Tributários Contumazes que não revelem uma vulneração à Livre-concorrência não podem ser tratados nesta seara.

Não obstante a carência de legislação que defina o Devedor Tributário Contumaz, sendo que, por ora, temos apenas os projetos de lei já abordados linhas atrás, entendemos que, caso as condutas do Devedor Tributário Contumaz revelem uma afronta à concorrência justa, é dever do Estado interferir para cessar a ofensa e reequilibrar o mercado. Nestes termos, pouco importa a conceituação de Devedor Contumaz para o Direito Concorrencial. Como visto, se uma pessoa jurídica ou um pessoa física cometerem atos contra a livre-concorrência podem ser destinatários das normas que protegem a Ordem Econômica.

Não obstante nosso posicionamento, temos que, até o momento, o Cade tem arquivado denúncias de sonegação fiscal como fator de vantagem competitiva. Conforme Relatório CEDES 181009 (“Concorrência e Tributação”) (CEDES, 2019, pp. 40 e ss.), visualizamos alguns exemplos de casos que desafiaram o Cade no que concerne a relação do Direito Concorrencial com o Direito Tributário, todos por sonegação fiscal: Processo Administrativo nº 08012.000208/1999-79, Averiguação Preliminar nº 08700.002374/1999-33, Averiguação Preliminar nº 08012.002528/2001-85, Averiguação Preliminar nº 08012.003648/2005-23, Averiguação Preliminar nº 08012.004657/2006-12 e Processo Administrativo nº 08012.007104/2002-98. Todos os casos foram arquivados pelo Cade.

Quanto ao primeiro caso, consta do relatório do CEDES que, apesar de reconhecer a violação à concorrência da sonegação por via reflexa pela prática de preços menores decorrente da sonegação, o relator Celso Campilongo reconheceu ser este assunto que foge da competência do Cade, determinando-se, assim, a remessa dos autos ao Ministério Público.

Em suma, nos casos de sonegação fiscal, embora o Cade reconheça que esta pode vir a causar prejuízo à livre concorrência por meio da prática de preços abaixo do valor de custo, cristalizou-se a tese de que a competência para análise de distorções concorrenciais decorrentes de ilegalidade cuja repressão caiba a outra autoridade foi negada ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Como pode ser visualizado, os citados casos resultaram em arquivamento, de forma que nunca houve exame de mérito de casos concretos²⁰ de práticas tributárias potencialmente lesivas à concorrência.

20 O Cade chegou a analisar, em sede da Consulta n. 0038/1999, os efeitos da tributação na concorrência relativamente à nocividade ou não da guerra fiscal de ICMS, situação na qual se verificou que esta possibilitava o oferecimento de preços muito reduzidos, o que poderia ter repercussão na livre concorrência

O posicionamento do Cade nos casos de Devedor Contumaz, no entanto, não se encontra tão distante daquele relativo à sonegação (CARNEIRO, 2020, pp. 78/79.), uma vez que na Averiguação Preliminar n. 08012.003648/2005-23²¹, além de ter reafirmado incompetência para a análise concreta dos casos de contumácia, o Cade ainda estabeleceu que nem todo caso de venda de mercadorias abaixo do preço de custo somada a conduta de contumácia implica em danos concorrenciais, visto que ainda deveriam ser observados os critérios previstos no art. 36, XV, da Lei n. 12.529/2011 e da Portaria Seae n. 70, de 12 de dezembro de 2002²².

Não obstante o reiterado posicionamento do Cade, entendemos que há espaço para uma mudança de jurisprudência em função da pragmática jurídica, por todos os argumentos já levantados.

Avançando no tema, voltamos a analisar os artigos da LDC. Em seu artigo 36, a LDC trata das infrações contra a Ordem Econômica, que podem ser (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.

Mais uma vez, nos parece que os atos dos devedores tributários contumazes, que, por meio da inobservância das obrigações tributárias, conseguem uma vantagem competitiva, incidindo em concorrência desleal, também se encaixam no escopo da lei.

Partindo da premissa que o Devedor Tributário Contumaz é um elemento que desestabiliza tais desideratos normativos, naturalmente passa a ser alvo do arsenal normativo presente no direito concorrencial, de forma que podemos concluir que também compete ao direito concorrencial combater ou dissuadir as condutas que revelem o Devedor Tributário Contumaz, inclusive, para alento da sociedade, com métodos mais céleres do que aqueles que temos visto no direito tributário.

Superadas as indagações quanto ao correto enquadramento do Devedor Tributário Contumaz no âmbito das normas de proteção ao direito concorrencial, nos indagamos a respeito das penas estabelecidas na LDC para os sujeitos que pratiquem atos que caracterizem infração da ordem econômica. A resposta pode ser encontrada nos artigos 37 e 38 da LDC, que estabelecem penas cumulativas de multa²³; proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação por prazo não inferior a 5 (cinco) anos; e, até mesmo, qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

21 Na Averiguação Preliminar n. 08012.003648/2005-23, houve a análise de acusação de prática de conduta anticompetitiva por (i) não recolhimento contumaz de IPI e (ii) fixação de preços substancialmente inferiores aos dos demais concorrentes. Tal situação pôde ser classificada também como sonegação, uma vez que tais conceitos não são excludentes

22 De acordo com a legislação citada alhures, deveria ser observado ao menos que a prática se encaixa em alguma das seguintes situações: "(i) o mercado não pode ser competitivo o bastante, impedindo o domínio pela empresa; (ii) a empresa não pode deter posição diminuta no mercado; (iii) a existência de barreiras significativas à entrada de novos competidores após o aumento dos preços é relevante, pois, do contrário, o aumento dos preços levará à entrada de novas empresas no mercado; (iv) o preço deve ser fixado abaixo do custo variável médio; e (v) a distorção no equilíbrio competitivo não pode ser pontual". (CARNEIRO, 2020, pp. 78/79)

23 As penas de multa podem variar entre (i) multa no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa que cometer a infração à ordem econômica; (ii) multa entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00, no caso de demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado; e (iii) multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa no caso (i) para o administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida.

Como pode ser verificado, as penalidades aos infratores da Ordem Econômica são pesadas. Contudo, quanto ao tema das sanções, nos desperta um especial interesse o inciso VII do artigo 38 acima destacado. A doutrina revela que o inciso VII, em especial “dá ao Cade discricionariedade para desenhar medidas interventivas, inclusive potenciais remédios estruturais (leia-se: determinação de alienação de ativos) para modificar a dinâmica competitiva do mercado após a constatação de uma infração” (NETO & CASAGRANDE, 2015, item 4.2).

Poderia o Cade determinar, até mesmo, o fechamento, lacração ou interdição de um estabelecimento comercial, em função do reconhecimento que um Devedor Tributário Contumaz está prejudicando com contundência a Livre-concorrência? Inclusive, tal interpretação estaria em consonância com o artigo 3º do PL 1646/2019, projeto do Devedor Contumaz, que define a interdição do estabelecimento como uma das sanções possíveis.

Tal aspecto ganha tons ainda mais importantes em função de três razões: a) As súmulas do Supremo Tribunal Federal a respeito da impossibilidade de interdição de estabelecimentos em virtude de dívidas fiscais; b) a capacidade ou não de autoexecutoriedade dos atos administrativos; c) o histórico da jurisprudência do CADE a respeito da possibilidade de determinar a interdição da atividade dos agentes que prejudiquem a Ordem Econômica.

Quanto ao item “a”, tratamos especificadamente das Súmulas 70²⁴, 323²⁵ e 547²⁶ do Supremo Tribunal Federal. Os enunciados de tais Súmulas sempre foram cotejados com a análise referente à proibição de utilização de meios indiretos coercitivos para o pagamento de tributos, as chamadas sanções políticas na seara tributária. Em repercussão geral o STF já se manifestou, por reiteradas vezes, que “é inconstitucional a restrição ilegítima ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quando imposta como meio de cobrança indireta de tributos”²⁷.

Não obstante o contundente posicionamento do STF a respeito do tema, o mesmo Tribunal já determinou que o protesto das Certidões de Dívida Ativa “constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política”²⁸. Também, entendemos que, por se tratar de potencial penalidade aplicada pelo Direito Concorrencial, não haveria de se cogitar de tais limitações, vez que estamos, ainda que mediante um diálogo das fontes, na seara de outro ramo do direito, com objetivos totalmente distintos. Em outras palavras, enquanto no Direito Tributário o objetivo é a cobrança do crédito tributário, que, diga-se, só possui um meio constitucionalmente aceito – as execuções fiscais, no Direito Concorrencial se busca a eliminação dos sujeitos que se utilizam de uma vantagem competitiva ilícita e artificial, mediante a configuração da concorrência desleal.

24 Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 70: “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”.

25 Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 323: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.

26 Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 547: “ Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

27 Supremo Tribunal Federal. Tese definida no ARE 914.045 RG, rel. min. Edson Fachin, P, j. 15-10-2015, DJE 32 de 19-11-2015, Tema 856.

28 Supremo Tribunal Federal. Tese definida na ADI 5.135, rel. min. Roberto Barroso, P, j. 9-11-2016, DJE 22 de 7-2-2018.

Quanto ao item “b”, é fértil o debate no âmbito do Direito Administrativo, a respeito de um dos atributos do ato administrativo, qual seja, a autoexecutoriedade, que, basicamente, permite que o ato seja executado sem a necessidade da Administração se socorrer do Poder Judiciário para tanto. Sem dúvida, a autoexecutoriedade não é atributo inerente a todo e qualquer ato administrativo. Podemos citar como exemplos as multas de trânsito aplicadas e não pagas pelo administrado, ou, inclusive, a cobrança da dívida tributária, que, diga-se, também se origina do ato administrativo de inscrição da dívida ativa. Como tais medidas administrativas de cobrança implicam na constrição do patrimônio do particular, sempre deve a Administração se valer das vias judiciais (mediante autorização judicial ou procedimento judicial para tanto).

Contudo, em determinadas ocasiões, o ato administrativo tem tal atributo de forma plena. Celso Antônio Bandeira de Mello explica que a executoriedade do ato administrativo existe nas hipóteses nas quais a (i) lei prevê expressamente ou nas quais (ii) a executoriedade for condição indispensável à eficaz garantia do interesse público confiado pela lei à Administração (MELLO, 2013, p. 426).

Podemos exemplificar casos corriqueiros de autoexecutoriedade, como nos casos de apreensão de alimentos impróprios para o consumo, de interdição de estabelecimento que cometa atividades ilegais, obras clandestinas, etc. Vale lembrar que, independentemente da autoexecutoriedade, tais atos sempre poderão ser controlados, a posteriori, pelo Poder Judiciário.

Com relação ao Cade, nos parece que suas determinações têm a natureza jurídica de atos administrativos autoexecutáveis, oriundos, inclusive de processo administrativo com a garantia dos princípios do contraditório e ampla defesa, como pode ser, inclusive, visualizado na Jurisprudência dos Tribunais.²⁹

O Cade não pode nem deve ser incumbido da cobrança de tributos. No entanto, uma vez transitada em julgado ou não contestada a decisão favorável à autoridade tributante, e verificada concretamente a presença de prova de que o Devedor Contumaz conseguiu com a medida praticar preços mais baixos do que a concorrência ou aumentar arbitrariamente seus lucros, a questão muda de figura (GRINBERG, 2019, sem paginação).

Desta feita, nos parece que o Cade poderia, por sua competência legal, determinar sanções, com o caráter de autoexecutoriedade, para punir e dissuadir o Devedor Tributário Contumaz, assim como o faz a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que por meio da Lei nº 9.847/99, detém o poder de lacrar postos de gasolina que vendam combustíveis adulterados ou que cometam outras irregularidades.

Finalmente, quanto ao item “c”, não encontramos a possibilidade de interdição de estabelecimento como uma punição já fixada pelo Cade. Inclusive, a doutrina ressalta que *“o instrumento de sanção mais utilizado pelo Cade é a multa, que é uma forma efetiva de criar inutilidade para o*

29 EMENTA: ADMINISTRATIVO. DECISÃO DO CADE. SUSPENSÃO. DESCABIMENTO. 1. A auto-executoriedade é inerente às decisões do CADE. Este tem o poder de, pela sua própria força e sem necessidade de prévia manifestação judicial, executar seus atos administrativos. Trata-se de prerrogativa fundamental para a defesa do interesse público e preservação da autoridade do Estado. 2. Não cabe suspender, em caráter provisório, antes da instrução probatória mais aprofundada, decisão administrativa proferida com observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa por órgão administrativo de reconhecida idoneidade. (Tribunal Regional Federal da 4ª Região TRF-4 - AGRAVO DE INSTRUMENTO : AG 2048 RS 2008.04.00.002048-4).

infrator” (BOSON, 2016).

Contudo, ao analisarmos um processo administrativo do Cade, que teve por objeto um cartel no mercado de cimento e concreto no Brasil, envolvendo as empresas Votorantim, Itabira, Interce-ment, Holcim, Cimpor e Itambé encontramos alternativas interessantes de sanções administrativas já impostas pelo Cade.

Trata-se do processo administrativo nº 08012.011142/2006-79, que, inclusive resultou em um recorde de valores em multas aplicadas pelo Cade, com cifras que atingiram mais de R\$ 1,5 bilhões de reais. Na fixação das sanções pudemos visualizar alternativas interessantes: dentre elas destacamos a imposição de “Alienação de 20% dos ativos de prestação de serviços de concretagem, os quais deverão ser vendidos em mercados relevantes em que haja mais de uma concreteira de propriedade ou de posse da empresa representada” e “Apenas para a Votorantim, venda de determinados ativos de cimento”.

Em suma, pensamos que, mediante as investigações e exposições acima elencadas, o Devedor Tributário Contumaz é um elemento de grande interesse do Direito Concorrencial. Ainda que a interdição de estabelecimento comercial não seja uma sanção historicamente fixada pelo Cade, nos parece que a LDC permite tal sanção, mediante a interpretação do artigo 8, inciso VII.

7. CONCLUSÃO

Diante de toda a exposição, tem-se como certo que a interpretação sistemática do Direito visualiza o ordenamento como uno. As interações entre os diversos ramos do direito são corriqueiras e devem ser abarcadas pelos operadores do sistema.

Com esta inspiração, procuramos delimitar o conceito de Devedor Tributário Contumaz, para diferenciá-lo dos conceitos de Elisão e Evasão fiscal na seara tributária. O Devedor Contumaz, na seara tributária, é aquele sujeito que se esquivava das obrigações tributárias, declarando seus débitos e, de forma reiterada e premeditada age para não quitá-los.

Pudemos visualizar que a morosidade e a ineficiência dos entes fiscais, aliadas a outros fatores, como a constante existência de programas de refinanciamento da dívida tributária e a falta de estímulos e vantagens concretas para os sujeitos que se enquadram na completa conformidade tributária, contribuí para o surgimento dos devedores contumazes em nosso sistema jurídico.

Diante da ineficiência no combate ao Devedor Contumaz, o direito tributário busca, de forma equivocada, superar o problema com a utilização de mecanismos inconstitucionais e ilegais, sobretudo no que diz respeito aos responsáveis tributários. Não obstante as tentativas dos entes fiscais, tais mecanismos têm se mostrado ineficientes.

Uma vez que os devedores contumazes, ao não honrarem com suas obrigações tributárias, adquirem uma importante e artificial vantagem competitiva, configurando inclusive concorrência desleal e nítida violação à livre-concorrência, em detrimento dos pares que observam as obrigações tributárias, entendemos que se trata de elemento de crucial interesse ao Direito Concorrencial.

Neste aspecto, pensamos que o Cade é ente competente para fixar as sanções determinadas em lei, para dissuadir e eliminar tais violações à Ordem Econômica, ainda que, por meio da criação

de novas figuras, tais como a sugerida interdição de estabelecimentos. Acreditamos que o Direito Concorrencial possa ter a capacidade de, por um meio mais célere e eficaz do que aquele visualizado até hoje no âmbito tributário, combater o Devedor Tributário Contumaz.

8. REFERÊNCIAS

ADAMS, Charles. **Tax-Haven Tales**. Maryland: Laissez Faire Books, 2012.

BAGUS, Philipp; BLOCK, Walter E.; EABRASU, Marian; HOWDEN, David; & ROSTAN, Jérémie. "The Ethics of Tax Evasion". **Business and Society Review**, Waltham, v. 116, n. 3, p. 375-401, 2011.

BATA, Simões. **Neoconstitucionalismo e Responsabilidade de Terceiros**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, PUC-SP. São Paulo, 2018.

BECHO, Renato Lopes. **Execução Fiscal: Análise Crítica**. São Paulo: Noeses, 2018.

BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOSON, Daniel Silva. Sanções aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) a empresas no cartel do cimento: uma visão analítica das penas. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 272, p. 119-144, maio/ago. 2016.

BRASIL. **Portaria PGFN nº 948**. Brasília, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, 15 de Setembro de 2017.

CARNEIRO, Júlia Silva Araújo. **O Devedor Contumaz no Direito Tributário: premissas teóricas, conceito e regime jurídico**. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2020.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da Decisão Tributária**. São Paulo: Almedina, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e positivação no Direito Tributário**. v. 1, 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2014.

CARVALHO, O. S. O programa de estímulo à conformidade tributária da Secretaria da Fazenda do estado de São Paulo e a classificação de contribuintes. In: CARVALHO, Paulo de Barros; SOUZA, Priscila de. (Org.). **Constructivismo Lógico-Semântico e os Diálogos entre Teoria e Prática**. São Paulo: Noeses, 2019.

CARRAZZA. Roque Antonio. **Curso de direito constitucional**. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CEDES – Centro de Estudos de Direito Econômico e Social. **Concorrência e tributação**. São Paulo: Editora Cedes, 2019.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**. Brasília: CNJ, 2020.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Avaliação da Execução de Programas de Governo**. Brasília: CGU, Sem data.

CRATO, Nuno. **Passeio aleatório pela ciência do dia a dia**. Trad. Luis Paulo Piassi. São Paulo: Livraria da Física, 2009.

FAGUNDES, Ezequiel e MENEZES, Enzo. **Ricardo Eletro sonegava impostos mesmo tendo benefícios fiscais**. R7, 2020. Disponível em <<https://noticias.r7.com/minas-gerais/ricardo-eletro-sonegava-im->

postos-mesmo-tendo-beneficios-fiscais-11072020>. Acesso em 26.02.2021.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2007.

FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. **O Peso da Burocracia Tributária na Indústria de Transformação 2012**. São Paulo: FIESP, 2013.

FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. **O Peso da Burocracia Tributária na Indústria de Transformação 2018**. São Paulo: FIESP, 2019.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (livro digital).

FORUM NACIONAL CONTRA A PIRATARIA E A ILEGALIDADE. **Contrabando de cigarros: um enorme prejuízo para o país**. Estado de São Paulo, 2020. Disponível em <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,contrabando-de-cigarros-um-enorme-prejuizo-para-o-pais,70003346019>>. Acesso em 26.02.2021.

GRINBERG, Mauro. **Os tributos e a concorrência: visão pragmática**. JOTA, 2019. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-tributos-e-a-concorrenca-visao-pragmatica-25072019#:~:text=Desde%20que%20se%20passou%20a,interfer%C3%Aancia%20da%20tributa%C3%A7%C3%A3o%20na%20concorr%C3%Aancia>>. Acesso em 26.02.2021.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Demografia das Empresas 2009**. Estudo & Pesquisas: informação econômica. V. 16. Rio de Janeiro: IBGE, 2009.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Demografia das Empresas 2015**. Estudo & Pesquisas: informação econômica. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

INDIO, Cristina. **Pandemia fecha 39,4% das empresas paralisadas, diz IBGE**. Agência Brasil, 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-07/pandemia-fecha-394-das-empresas-paralisadas-diz-ibge>>. Acesso em 26.02.2021.

LEORATTI, Alexandre. **Guerra de liminares e Judiciário lento facilitam a atuação do Devedor Contumaz**. JOTA, 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/combustivel-legal/liminares-judiciario-devedor-contumaz-23052019>>. Acesso em 30.10.2020.

KOHN, Stephen Martin. **The New Whistleblower's Handbook**. Connecticut: National Book Network, 2017.

MARQUES, Claudia Lima (Org.). **Diálogo das Fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MATOS, Carolina. **70% dos restaurantes de SP não sobrevivem ao 2º ano**. Folha de São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://m.folha.uol.com.br/mercado/2011/02/881708-70-dos-restaurantes-de-sp-nao-sobrevivem-ao-2-ano.shtml>>. Acesso em 26.02.2021.

MATTOS, César. **Devedor Contumaz, competitividade espúria, concorrência e bem-estar**. JOTA, 2019. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/devedor-contumaz-competitividade-espuria-concorrenca-e-bem-estar-27102019>>. Acesso em 25.02.2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

- NETO, Caio Mário da Silva Pereira. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial, Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. Coord. AGUILLAR, Fernando Herren. São Paulo: Saraiva, 2015 (livro digital).
- ORVISKA, Marta; HUDSON, John. Tax evasion, civic duty and the law abiding citizen. **European Journal of Political Economy**, Amsterdã, v. 19, p. 83-102, 2002.
- PANTOJA, Gabriela S. & PEÑALOZA, Rodrigo S. **Tax evasion under behavioral structures**. *Economia*, v. 15, n. 1, Pages 30-40, Jan-Abr 2014.
- PORTER. Michael E. **The competitive advantage of nations**. Nova Iorque: The Free Press, 1990.
- PWC – PricewaterhouseCoopers. **Paying Taxes 2020**. PWC, Sem data.
- SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Taxa de sobrevivência das empresas no Brasil**. Brasília: SEBRAE, 2011.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora da Unesp, 2017.
- SLEMROD, Joel. **Tax Compliance And Enforcement**. NBER Working Paper nº 24799. Cambridge, 2018.
- STF. **RHC 163334**, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020.
- TÔRRES, Heleno. **Direito Tributário e Direito Privado: autonomia privada, simulação, elusão tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- WEISS, Fernando Leme. **Princípios tributários e financeiros**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

6

A REGULAÇÃO FINANCEIRA E OS DETERMINANTES DO DESEMPENHO E DA CONCENTRAÇÃO BANCÁRIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE ECONOMETRICA PARA O PERÍODO 2000-2017

Financial regulation and determinants of bank performance and concentration in Brazil: an econometric analysis for the period 2000-2017

Paulo Rogério Scarano¹

Débora Campos de Faria²

Pedro Raffy Vartanian³

RESUMO

O artigo objetiva identificar o papel da regulação governamental para a rentabilidade e a estrutura de mercado das instituições financeiras. Para tanto, são estimados modelos de dados em painel, envolvendo todos os bancos que operaram com carteira comercial entre 2000 e 2017. Os resultados apontam que as variáveis diretamente relacionadas à regulação não são estatisticamente significativas para o desempenho bancário. Nesse contexto, revelam-se significativas para a rentabilidade bancária as variáveis relacionadas à concentração bancária e à eficiência das firmas do setor. Em relação à estrutura de mercado, as variáveis relacionadas à regulação, como a “participação do volume de crédito direcionado” e “as regulações relevantes”, com potencial para geração de barreiras à entrada, são estatisticamente significativas, impactando positivamente os níveis de concentração do setor. Os resultados encontrados sugerem que, apesar de não afetar diretamente a rentabilidade do setor, a regulação interfere indiretamente nesse aspecto, ao contribuir para maior concentração do mercado.

Palavras-chave: Regulação financeira; Estrutura-Condução-Desempenho; Concentração de mercado; Bancos.

1 Professor Doutor do Mestrado Profissional em Economia e Mercados da Universidade Presbiteriana Mackenzie). E-mail: paulo.scarano@mackenzie.br

2 Mestre em Economia e Mercados pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: pedro.eco@bol.com.br

3 Professor Doutor do Mestrado Profissional em Economia e Mercados da Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: pedro.raffy@gmail.com

Classificação JEL: L1, G21.

ABSTRACT

The article aims to identify the role of government regulation for the profitability and market structure of financial institutions. For this purpose, panel data models are estimated, involving all banks that operated with a commercial portfolio between 2000 and 2017. The results show that the variables directly related to regulation are not statistically significant for banking performance. In this context, the variables related to banking concentration and the efficiency of firms in the sector are significant for bank profitability. Regarding the market structure, variables related to regulation, such as “participation in the volume of earmarked credit” and “relevant regulations”, with the potential to generate barriers to entry, are statistically significant, positively impacting the concentration levels of the sector. The results found suggest that, despite not directly affecting the sector’s profitability, regulation indirectly interferes in this aspect, contributing to greater market concentration.

Keywords: Financial regulation; Structure-Conduct-Performance model; Market concentration; banks.

JEL Classification: L1, G21.

Sumário: 1. Introdução; 2. Fundamentação teórica; 3. Metodologia; 4. Análise dos resultados e discussão; 5. Considerações Finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O setor bancário possui um importante papel para uma alocação mais eficiente dos recursos da sociedade, uma vez que a intermediação financeira permite que agentes deficitários tenham acesso a recursos de agentes superavitários de maneira organizada e com remuneração e regras específicas, contribuindo para o crescimento econômico. Tal contribuição foi evidenciada em análise específica do mercado brasileiro, realizada por Matos (2002), que observou a existência de relação de causalidade entre desenvolvimento financeiro e crescimento econômico no Brasil, no período de 1947-2000. Outra contribuição importante do setor refere-se à sua organização, surgindo como fator importante para a redução dos custos para aquisição de informações e realização de transações, elementos estes considerados motores que impulsionam o mercado financeiro e suas instituições (LEVINE, 1997). Os riscos, porém, são inerentes a essa atividade e o risco sistêmico surge como um fator de grande impacto. A capacidade de propagação de acontecimentos para outros setores da economia é extremamente elevada, podendo acarretar crises profundas. Exemplo disso é a crise iniciada no mercado *subprime* norte-americano, em 2008, que demonstrou o elevado grau de integração mundial do sistema financeiro e que o poder de contaminação das crises financeiras ultrapassa as fronteiras nacionais. Nesse sentido, Capelletto, Martins e Corrar (2008) descrevem o risco sistêmico como o grau de incerteza existente no sistema decorrente de variações no nível do risco de crédito, da taxa de juros e do câmbio. Neste caso, a crise surge em um contexto de estresse do risco sistêmico, quando há ampla desconfiança na higidez do sistema. Para minimizar este tipo de ocorrência, a regulação desta atividade impõe uma série de medidas prudenciais em busca da manutenção da estabilidade do setor.

Faz-se necessário, portanto, o papel da regulação para a formação das características estrutu-

rais desse mercado, analisando os fatores que podem modificar a dinâmica concorrencial, tais como a existência de barreiras à entrada, entre outros fatores que influenciam a forma de organização desse sistema. Outro ponto relevante trata de como essas instituições conduzem suas atividades a partir das determinações do regulador, considerando não apenas o impacto direto nas estratégias e no desempenho empresarial como resposta às exigências, mas também os impactos indiretos que podem ocorrer a partir de eventuais alterações na estrutura do mercado de que fazem parte. Nesse sentido, a estrutura analítica extraída do modelo Estrutura-Condução-Desempenho (E-C-D) fornece contribuições importantes para melhor compreensão dessas relações.

Nesse contexto, a presente pesquisa tem como objetivo identificar o papel da regulação bancária, conduzida pelo governo, para o desempenho, em termos de rentabilidade, e a estrutura de mercado das instituições financeiras, mais especificamente dos bancos comerciais, bancos múltiplos com carteira comercial e caixas econômicas, a partir da combinação das perspectivas analíticas do modelo E-C-D e da Teoria da Regulação. Parte-se da hipótese de que as variáveis associadas à regulação e à ação do Estado contribuem para o desempenho (em termos de rentabilidade) e afetam a estrutura do mercado bancário.

Para trazer luz a esta discussão, os procedimentos metodológicos envolvem a utilização de modelos de dados em painel, em que o retorno sobre o patrimônio líquido e o índice de *Herfindahl-Hirschman* são utilizados como proxies, respectivamente, para o desempenho e para o comportamento da estrutura do mercado bancário. Os modelos utilizados para tratar o desempenho e o comportamento da estrutura do mercado bancário adicionam, além das variáveis envolvendo eficiência e ambiente macroeconômico, tradicionais na literatura empírica, variáveis explicativas relacionadas à regulação do mercado. Avaliar o papel destes fatores para o desempenho (em termos de rentabilidade dos bancos) e a estrutura de mercado do setor justifica a presente abordagem, uma vez que a maioria dos trabalhos disponíveis trata apenas dos determinantes da rentabilidade dos bancos, relacionando-os com variáveis macroeconômicas ou de eficiência da indústria, sem avaliar o papel da regulação para a concentração bancária e para o desempenho setorial.

O trabalho está organizado em cinco seções. Após esta primeira seção, de caráter introdutório, a segunda seção expõe brevemente as perspectivas do modelo E-C-D e da Teoria da Regulação. A terceira seção apresenta os procedimentos metodológicos utilizados na presente investigação. A quarta seção analisa e discute os resultados encontrados. Por fim, a quinta e última seção é dedicada às considerações finais.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

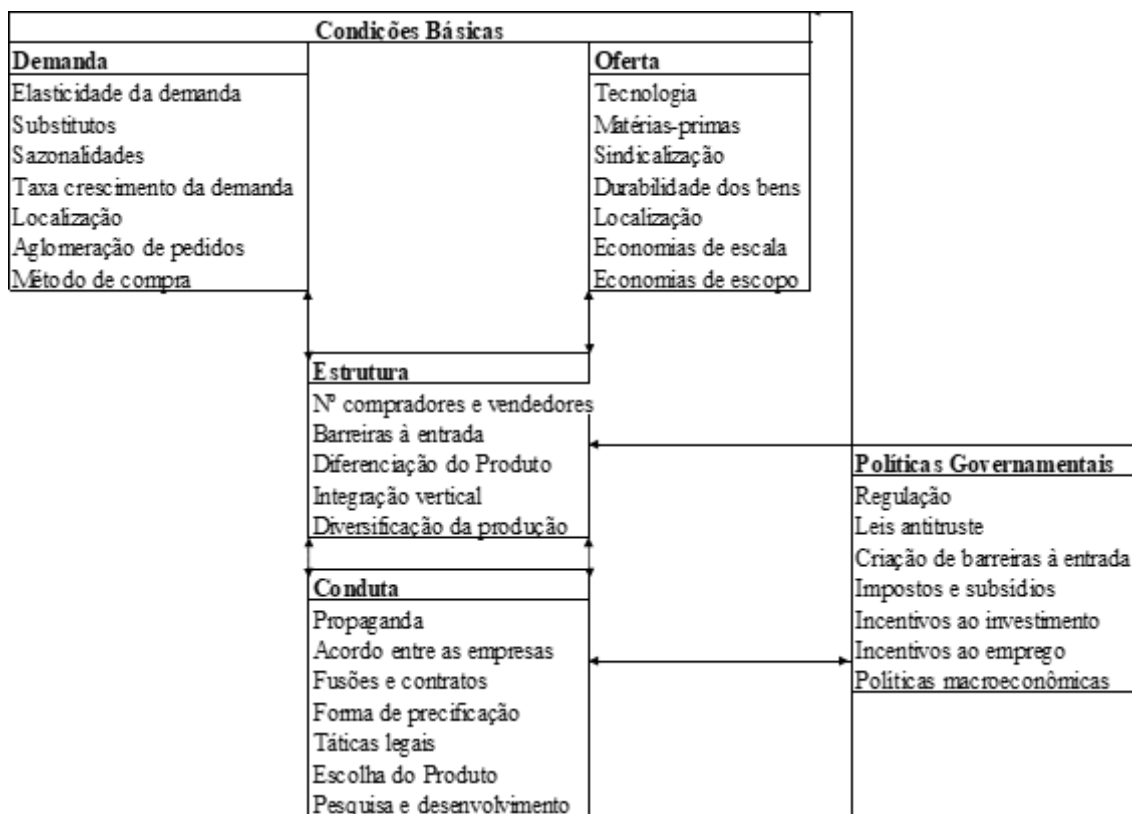
O presente trabalho procura se valer das contribuições de duas abordagens teóricas originalmente distintas: o modelo E-C-D e a Teoria da Regulação. Do modelo E-C-D extrai-se um esquema analítico, que permite descrever as interrelações entre seus componentes (a estrutura de mercado de um determinado setor, a conduta de suas firmas e seu respectivo desempenho) e como estes são afetados por fatores exógenos, como as características do mercado e a ação governamental. A utilização deste modelo é recorrente na análise de avaliação setorial e originalmente era utilizado para avaliar falhas de mercado. Já a Teoria da Regulação, surge como base para compreensão de quais as justificativas para regulação e quais as implicações de sua implementação, tendo como pressupostos

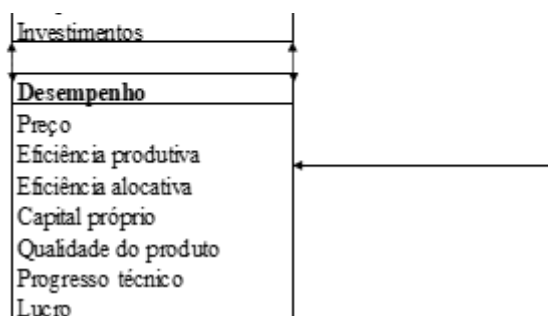
a existência tanto de falhas de mercado como de falhas de governo.

Bain (1993), um dos pioneiros na investigação do impacto da estrutura de mercado no desempenho das organizações empresariais, identificou em seus estudos a existência de correlação entre a concentração de mercado e a rentabilidade da indústria, como grandezas diretamente proporcionais, ou seja, quanto maior a concentração, maior a rentabilidade daquele segmento. Assim, a existência de concentração surge como fator relevante para a obtenção de níveis de retorno diferenciados sobre o capital investido em uma determinada indústria ao compará-la com as demais. Bain (1993) demonstrou, ainda, que a existência de barreiras à entrada, aliada ao nível de concentração da indústria, também contribui para elevação da rentabilidade das firmas. A possibilidade de novos entrantes no mercado, portanto, estaria relacionada às suas características estruturais e este fator poderia influenciar a conduta e o desempenho das firmas.

Segundo Carton e Perloff (1994), o modelo E-C-D utilizou de forma pioneira a análise micro-econômica para discutir a organização industrial, por meio das relações entre: as condições básicas de oferta (envolvendo fatores como matérias-primas, tecnologia, etc.) e demanda (elasticidades, sazonalidades, existência de bens substitutos, etc.); as políticas governamentais (incluindo, entre outras, a regulação e as políticas macroeconômicas); a estrutura do mercado (que inclui o número de vendedores e compradores, a existência de barreiras à entrada, a diferenciação do produto, entre outros); a conduta (ou seja, a estratégia das empresas do setor, que inclui fatores como pesquisa e desenvolvimento, investimentos, propaganda e a possibilidade de conluio); e a performance da indústria (envolvendo fatores como a eficiência produtiva e alocativa, o progresso técnico e a rentabilidade). A Figura 1 ilustra o funcionamento do modelo.

Figura 1 - O modelo Estrutura-Conduto-Desempenho



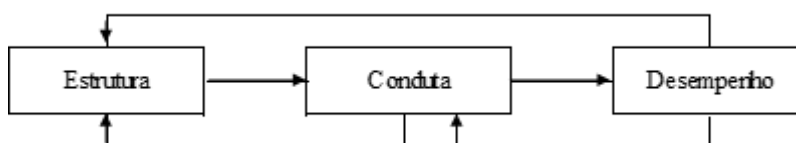


Fonte: Adaptado de Carlton e Perloff (1994, p. 4)

A crítica ao modelo E-C-D realizada por autores como Stigler (1983) está baseada no fato de considerarem este modelo muito mais descritivo do que analítico. Kupfer e Hasenclever (2013) ressaltam que as principais limitações do modelo E-C-D estão relacionadas: 1) à fragilidade dos argumentos teóricos utilizados na seleção de variáveis explicativas estruturais; 2) às dificuldades em demonstrar claramente a lógica de determinação entre itens de estrutura, conduta e desempenho; e 3) à existência de relações caracterizadas pelas circunstâncias históricas, que provavelmente não sobreviveriam a alterações na economia.

A despeito das críticas, o modelo E-C-D, ao relaxar a perspectiva de que a estrutura determina o desempenho, incorporando a visão de que qualquer de seus componentes pode afetar os demais, fornece um esquema analítico organizado para descrever um setor econômico, como é o caso do setor bancário. Nesse sentido, Kupfer e Hasenclever (2013) trazem uma visão dinâmica da concorrência no modelo E-C-D, ilustrada pela Figura 2.

Figura 2 - Abordagem dinâmica do modelo E-C-D



Fonte: Kupfer e Hasenclever (2013, p. 50)

De acordo com o modelo E-C-D, as estruturas de mercado em que operam as diferentes indústrias podem não estar organizadas em um ambiente perfeitamente competitivo, dada a existência de fatores como barreiras à entrada e concentração de mercado. Estes itens, por sua vez, podem estar associados à existência de falhas de mercado, que é a principal justificativa para a implementação de um arcabouço regulatório em um determinado segmento.

Como contraponto às abordagens que propõem a ação do governo para corrigir falhas de mercado, emerge a crítica da Escola de Chicago, com destaque para o trabalho de Stigler (1971). Para este autor, as tentativas de corrigir falhas de mercado, por meio da regulação governamental, tendem a produzir falhas de governo, que produzem situações tão ou mais graves do que as primeiras.

Para Lima (2015), essas falhas podem ocorrer por diversos fatores, dentre os quais, a existência de uma agenda própria dos governantes, que nem sempre coincide com o interesse público. Outro fator que compromete a eficácia da intervenção governamental é a assimetria de informações, uma vez que o grau de conhecimento do governo sobre as informações do mercado tende a ser inferior ao dos players que nele atuam. Assim, o resultado das falhas de governo, segundo a Escola

de Chicago, seria uma regulação protetora do setor regulado, sem a efetiva promoção do bem-estar social (MATTOS et al., 2004).

Segundo Stigler (1971), a captura do poder do Estado atrai o interesse de muitas indústrias, uma vez que o mesmo, por meio da legislação, pode tributar ou desonerar grupos específicos, bem como determinar a movimentação física de recursos, afetando as decisões econômicas. Estes fatores fazem com que as indústrias procurem utilizar o Estado para elevar sua lucratividade, sendo quatro as possíveis formas de atuação para tal. Para Stigler (1971), a primeira delas pode estar relacionada a subvenções diretas em dinheiro. Este fator, no entanto, acaba por não ser o mais frequente, uma vez que pode incentivar a entrada de novos beneficiários fazendo com que o montante seja menor para cada parte.

A segunda forma que tende a atrair os grupos de interesse de setores específicos é a possibilidade da limitação da entrada de novos concorrentes no mercado. Stigler (1971) cita que, à época da publicação do artigo, a agência reguladora de atividade bancária dos Estados Unidos (*Federal Deposit Insurance Corporation*) reduziu em 60% a taxa de entrada de novos bancos no mercado. Stigler (1971) propõe, como hipótese geral, que toda a indústria ou ocupação que possui poder político suficiente sobre o Estado tentará controlar o acesso à entrada e a política regulatória será orientada para reduzir a velocidade de crescimento de novas empresas. A terceira maneira utilizada pelos grupos de interesse, também atrelada à redução da concorrência, está relacionada à atuação para diminuição da oferta de bens substitutos e ampliação da oferta de bens complementares (STIGLER, 1971). O quarto método utilizado pelas indústrias para elevação da lucratividade corresponde ao controle de preços. Essa forma muitas vezes é desejada, mesmo por aquelas indústrias que já conseguiram o controle de acesso ao mercado, graças à atuação de agências reguladoras. Um exemplo desse tipo de ocorrência pode ser observado na regulação das instituições financeiras norte-americanas, que não permitia a remuneração do depósito à vista, sendo muito eficaz na redução do pagamento de juros a uma quantidade significativa de poupadores (STIGLER, 1971).

O debate norte-americano envolveu destacados autores, como Stigler (1971), Posner (1974), Peltzman (1989), Sunstein (1987), Rose-Ackerman (1988) e Mashaw (1995), mostrando que a regulação econômica é um tema controverso, que pode trazer custos relevantes após sua implementação, dada a existência de falhas de governo, bem como de outros interesses envolvidos entre regulados, reguladores e demais membros da sociedade, afetados pelas medidas impostas. Assim, medidas tomadas pelos reguladores podem acabar favorecendo a concentração econômica e a rentabilidade de grandes players de uma determinada indústria, em detrimento da sociedade.

3. METODOLOGIA

Para atingir os objetivos da presente pesquisa, são utilizados modelos de dados em painel. Segundo Lisboa e Menezes-Filho (2001), a metodologia de dados em painel permite ao pesquisador fazer frente às limitações trazidas, ao se trabalhar com séries temporais, relacionadas, principalmente, ao fato da utilização de dados agregados impossibilitar a avaliação da diferença de comportamento das diversas entidades. No caso do presente estudo, as entidades são as instituições bancárias com carteira comercial. A utilização de dados em painel oferece vantagens em relação à outra

limitação relevante, desta vez relacionada às estimações em corte transversal, que possuem como pontos de atenção a impossibilidade de testes de estacionariedade entre y e x , ao longo do tempo; de inclusão de defasagens (prejudicando análises dinâmicas); bem como a ausência de identificação dos efeitos de variáveis macroeconômicas no comportamento das entidades. As observações repetidas das mesmas entidades ao longo do tempo permitem a superação desses problemas. Para D'Oliveira (2014), a justificativa para adotar modelos de dados em painel está relacionada ao fato de que a maior parte dos regressores apresenta variações entre as entidades e, também, ao longo do tempo. Esses modelos permitem, ainda, que os regressores sejam endógenos, devido à correlação com um componente de erro que é invariável ao longo do tempo (efeitos fixos), ou exógenos, que trata dos efeitos específicos de cada indivíduo como variáveis aleatórias (efeitos aleatórios).

Os modelos utilizados na presente investigação são construídos a partir de dados em painel não balanceados, utilizados quando o número de observações não é o mesmo para todas as unidades de análise (ou seja, quando há dados faltantes), pois a série contém bancos que entraram ou saíram do mercado durante o período de estudo. Para a seleção das variáveis relacionadas à rentabilidade, foram consultados diversos trabalhos que analisam seus determinantes no desempenho das instituições financeiras, dentre os quais se destacam as pesquisas de D'Oliveira (2014) e o de Nunes, Menezes e Dias Júnior (2013), utilizados como base para elaboração do modelo deste trabalho. Os modelos para análise da rentabilidade do setor, de um modo geral, são elaborados com variáveis relacionadas à eficiência dos bancos e à estrutura de mercado (concentração), além de variáveis macroeconômicas.

Conforme verificado no trabalho de Resende (1992), observou-se similaridade na estrutura das variáveis nos modelos que analisam a concentração de mercado, composta igualmente por indicadores que buscam captar a eficiência das instituições, aliados a indicadores macroeconômicos. Nesse contexto, o tópico a seguir apresenta os dados utilizados nas estimativas e, na sequência, apresentam-se as especificações dos modelos.

3.1 Dados

São utilizados dados trimestrais do período compreendido entre 2000 e 2017, contemplando todos os bancos comerciais, bancos múltiplos com carteira comercial ou caixas econômicas. A fonte principal de dados é o sistema IF Data - Dados Seleccionados de Entidades Supervisionadas, disponibilizado pelo Banco Central do Brasil, que contém as principais informações das demonstrações financeiras das instituições autorizadas a funcionar por aquele órgão e que estejam em operação normal. Adicionalmente, são levantadas as principais regulamentações publicadas pelo Banco Central do Brasil, com potencial para criar barreiras à entrada, no mesmo período. A seleção do período de análise contemplou todas as informações disponibilizadas pelo Banco Central, no período de coleta de dados do estudo. Vale ressaltar que foram descontinuadas séries anteriores a esse período, que continham informações consolidadas das demonstrações financeiras dos bancos regulados. Por fim, a amostra utilizada contém 203 instituições financeiras, analisadas durante 72 trimestres. O período estudado abrange a crise da Argentina (2002), a do *subprime* (2008) e a recente crise econômica enfrentada pelo Brasil a partir de 2014.

Quadro 1 - Resumo das Variáveis

Variável⁴	Conceito	Classificação	Fonte
ROE ¹	Lucro Líquido sobre Patrimônio Líquido Ajustado	Variável dependente nos modelos relacionados ao desempenho do setor	Banco Central do Brasil: IF Data - Dados Seleccionados de Entidades Supervisionadas
Variação HHI Ativos (ΔHHI) ²	Variação do Herfindahl-Hirschman Index, utilizando ativos. Tal índice é apurado pela soma dos quadrados dos <i>market shares</i> , por banco e por trimestre.	Variável dependente nos modelos relacionados à concentração da estrutura do mercado bancário	Banco Central do Brasil: IF Data - Dados Seleccionados de Entidades Supervisionadas
Financiamento (Fin)	Medido pela razão entre depósito total e total de ativos	Variável Explicativa Relacionada a Eficiência do Setor	Banco Central do Brasil: IF Data - Dados Seleccionados de Entidades Supervisionadas
Risco de Liquidez (RL)	Medido pela razão entre ativos líquidos e total de ativos	Variável Explicativa Relacionada a Eficiência do Setor	Banco Central do Brasil: IF Data - Dados Seleccionados de Entidades Supervisionadas
Risco de Crédito (RC)	Medido pela razão da provisão para créditos de Liquidação duvidosa e carteira de crédito total	Variável Explicativa Relacionada a Eficiência do Setor	Banco Central do Brasil: IF Data - Dados Seleccionados de Entidades Supervisionadas
TOP Variação Crédito (TOP)	Medido pela interação entre uma <i>Dummy</i> (Top) que assume o valor 1 para os 5 cinco maiores bancos (BB, CEF, Itaú, Bradesco e Santander) e 0 para os outros e o crescimento de crédito	Variável Explicativa Relacionada a Eficiência do Setor	Banco Central do Brasil
ECR	Medida pela razão entre a receita de operações de crédito sobre o total de operações de Crédito	Variável Explicativa Relacionada a Eficiência do Setor	Banco Central do Brasil: IF Data - Dados Seleccionados de Entidades Supervisionadas
EPS	Medida pela razão entre a receita de prestação de serviços e despesa de pessoal	Variável Explicativa Relacionada a Eficiência do Setor	Banco Central do Brasil: IF Data - Dados Seleccionados de Entidades Supervisionadas

Dummy Público (D.PUB)	Variável que assume 1 quando tratar-se de banco público e 0 para bancos privados	Variável Explicativa Relacionada a Eficiência do Setor	Banco Central do Brasil
Dummy Estrangeiro (D.Est)	Variável que assume 1 quando tratar-se de banco estrangeiro e 0 para bancos nacionais	Variável Explicativa Relacionada a Eficiência do Setor	Banco Central do Brasil
Varição PIB (PIB)	Varição trimestral do PIB real	Variável Explicativa Macroeconômica	IBGE
Selic t-1 (SELIC)	Taxa efetiva de juros básica da economia, com uma defasagem	Variável Explicativa Macroeconômica	Banco Central do Brasil
IPCA	Índice de Inflação	Variável Explicativa Macroeconômica	IBGE
Remuneração compulsório/ Receitas de Tesouraria (Rem.Comp)	Razão entre o total de remuneração recebida por cada instituição financeira referente ao depósito compulsório e a receita proveniente de operações com tesouraria.	Variável Explicativa Relacionada à Regulação	Banco Central do Brasil: IF Data - Dados Selecionados de Entidades Supervisionadas
Participação Crédito Direcionado (Cred.Dir)	% Participação do crédito direcionado no crédito total	Variável Explicativa Relacionada à Regulação	Banco Central do Brasil: IF Data - Dados Selecionados de Entidades Supervisionadas
Índice de Basileia (Ind. Bas)	% Índice de Basileia de cada instituição financeira conforme informações disponibilizadas pelo Banco Central do Brasil	Variável Explicativa Relacionada à Regulação	Banco Central do Brasil: IF Data - Dados Selecionados de Entidades Supervisionadas
Dummy Concentração ³ (D.Conc)	Variável que assume 0 para períodos sem regulação relacionada a itens que gerem barreiras à entrada e 1 para períodos com regulação neste sentido.	Variável Explicativa Relacionada à Regulação	Banco Central do Brasil

Fonte: Elaboração própria

Notas: **1)** Vale ressaltar que a variável ROE foi utilizada como variável explicativa relacionada à eficiência do setor nos modelos que analisaram a concentração de mercado. **2)** Já a variável Variação HHI Ativos também foi utilizada como variável explicativa relacionada à estrutura do mercado (concentração) nos modelos que procuraram avaliar a rentabilidade dos bancos comerciais. **3)** A variável “Dummy Concentração” busca avaliar o impacto das regulações divulgadas para o setor bancário, que apresentam potencial de elevação da concentração, na rentabilidade e estrutura do setor. Foram consideradas como relevantes, regulamentações que possam contribuir direta ou indiretamente para geração de barreiras à entrada. Sob a ótica do modelo E-C-D, os impactos de tais barreiras tenderiam a ser positivos na rentabilidade e concentração do setor, uma vez que sua existência poderia contribuir para um menor nível de concorrência. Caso os benefícios criados pela existência de barreiras sejam inferiores aos custos gerados pelas exigências da regulação, seu impacto na rentabilidade pode,

no entanto, ser negativo. Um dos pontos utilizados como fonte de dados para o mapeamento dos marcos regulatórios com potencial de geração de barreiras à entrada foi o trabalho de Nappi (2017), que realizou em seu estudo o levantamento das principais regulamentações referentes ao Acordo de Basileia III, que impactaram o setor financeiro brasileiro e que possui ênfase muito especial nas questões relacionadas aos requisitos de capital. Adicionalmente foram incluídas resoluções não ligadas diretamente a estrutura de capital, mas que geram impactos na concorrência relacionados às barreiras à entrada. Tais informações foram obtidas a partir de apresentação disponibilizada pelo próprio Banco Central do Brasil (2014), que discute a evolução da regulação brasileira pós plano real. Estes dados foram utilizados como fonte para definição de quais pontos seriam os mais relevantes para a construção da variável em questão. O método utilizado pode ser justificado uma vez que no período de análise ocorreram em média 401 normativos disponibilizados por trimestre, tornando complexa a avaliação qualitativa de cada um dos itens. 4) Entre parênteses está o nome de cada variável na equação.

O Quadro 1 apresentou o resumo das variáveis utilizadas, seu conceito, classificação e fonte dos dados e, na subseção seguinte, tem-se o formato dos modelos econométricos aplicados neste estudo.

3.2 Modelos econométricos

Como mencionado anteriormente, serão empregados modelos de dados em painel, em conformidade com as especificações a seguir, com o objetivo de avaliar 1) a relação entre a regulação e a rentabilidade; e 2) a relação entre a regulação e a concentração do setor.

$$Roe = \alpha + \beta_1 Fin_{it} + \beta_2 RL_{it} + \beta_3 RC_{it} + \beta_4 TOP_{it} + \beta_5 ECR_{it} + \beta_6 EPS_{it} + \beta_7 D. Pub_{it} + \beta_8 D. Est_{it} + \beta_9 PIB_{it} + \beta_{10} Selic_{it} + \beta_{11} IPCA_{it} + \beta_{12} Rem. Comp_{it} + \beta_{13} Cred. Dir_{it} + \beta_{14} Ind. Bas_{it} + \beta_{15} D. Conc_{it} + \beta_{16} \Delta HHI_{it} + \mu$$

No primeiro modelo, a variável a ser explicada é o ROE, que depende de variáveis relacionadas à eficiência, à regulação, à macroeconomia e à concentração (medida pela variação do indicador HHI, ou seja, ΔHHI).

$$\Delta HHI = \alpha + \beta_1 Fin_{it} + \beta_2 RL_{it} + \beta_3 RC_{it} + \beta_4 TOP_{it} + \beta_5 ECR_{it} + \beta_6 EPS_{it} + \beta_7 D. Pub_{it} + \beta_8 D. Est_{it} + \beta_9 PIB_{it} + \beta_{10} Selic_{it} + \beta_{11} IPCA_{it} + \beta_{12} Rem. Comp_{it} + \beta_{13} Cred. Dir_{it} + \beta_{14} Ind. Bas_{it} + \beta_{15} D. Conc_{it} + \beta_{16} Roe_{it} + \mu$$

Já no segundo modelo, a variável a ser explicada é o comportamento da concentração do setor, aferida pela variação do HHI (ΔHHI). Adicionalmente, este modelo foi estimado, primeiramente, sem defasagem da variável Dummy Concentração (D.Conc) e, em seguida, com defasagem dessa variável.

4. ANÁLISE DOS RESULTADOS E DISCUSSÃO

Para a correta especificação dos modelos que utilizam dados em painel foram aplicados testes de Wald e de Wooldridge, para detecção de heteroscedasticidade e autocorrelação, além do teste de Hausman, para especificação do modelo como efeito fixo ou aleatório.

Os testes realizados apontaram o modelo de efeitos fixos como o mais adequado nas duas estimativas. Adicionalmente, os modelos foram estimados com erros padrão robustos, em relação à autocorrelação e heteroscedasticidade, após o diagnóstico da presença dos dois efeitos. Os resultados obtidos foram detalhados ao final da tabela de resultado de cada grupo de estimações. Nesse contexto, a Tabela 1 apresenta os resultados das estimações realizadas para o modelo que utiliza ROE

como variável dependente.

Tabela 1 – Determinantes da rentabilidade, medida pelo ROE, do setor bancário brasileiro (2000-2017)

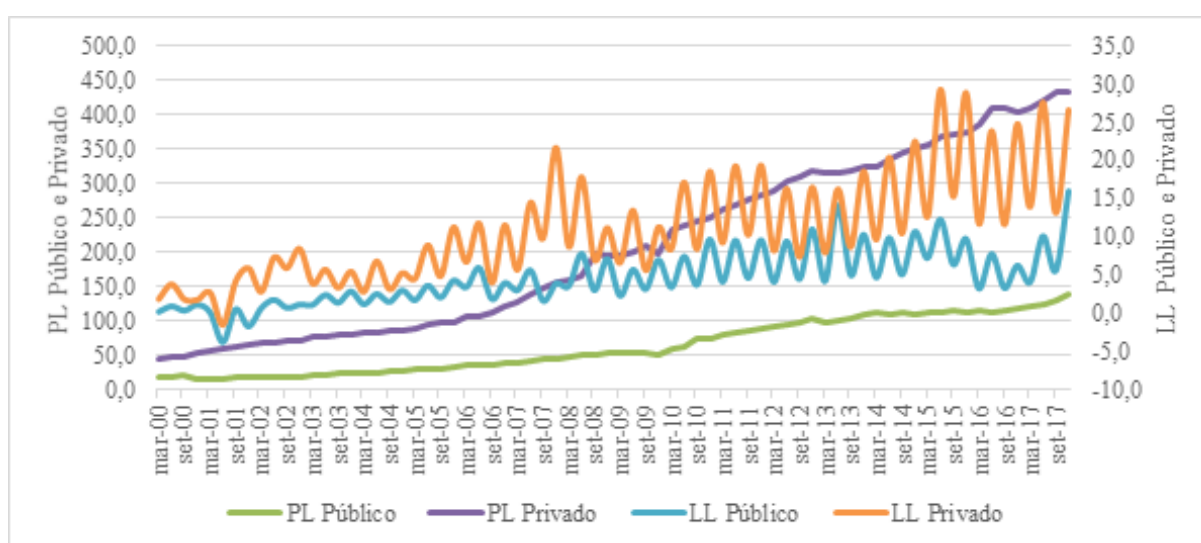
Variáveis	ROE - Variação de Ativos	Variáveis	ROE - Variação de Ativos
Financiamento	0,180955** (0,0731749)	Selic_1	-0,00233471 (0,105541)
Risco Liquidez	0,080567** (0,0406116)	IPCA	-0,191069 (0,755388)
Risco Crédito	-0,166995 (0,250387)	Dummy Público	0,443831*** (0,00723465)
Top Var Crédito	0,100115 (0,0969637)	Dummy Estrangeiro	-0,0580895 (0,0841962)
ECR	0,145746** (0,0567362)	Rem. Comp.	-0,0000577793 (0,000037727)
EPS	0,00300044 (0,00224204)	Participação no Crédito Direcionado	-0,262676* (0,134911)
HHI Ativos	-	Índice Basileia	-0,0830698 (0,0819865)
Variação HHI Ativos	0,00109222*** (0,000380583)	Dummy Concentração	0,00837291 (0,0087566)
Variacao_PIB	0,0454882 (0,155321)		
R ² LSDV			0,361746
R ² por dentro			0,071158
Teste de Hausman (Fixos/Aleatórios - p-valor)			0,0192079
Teste de Wald (Heteroscedasticidade - p-valor)			0
Teste de Wooldridge (Autocorrelação - prob. F)			0,48812
Observações			1921
Número de Bancos			114
Obs: Modelo - Efeitos Fixos - Erros Padrão Robustos entre Parênteses		Legenda	*** p<0,01 ** p<0,05 * p<0,10

Fonte: Elaboração própria

Para essas estimativas, foram consideradas significativas, ao nível de significância de até 5%, as variáveis Financiamento, Risco de Liquidez, ECR, Variação HHI Ativos e *Dummy* Público. Todas essas variáveis impactaram positivamente a rentabilidade. Com relação ao Financiamento, notou-se um impacto positivo na rentabilidade dos bancos, o que está em linha com a hipótese de que os depósitos são as fontes mais baratas de recursos das instituições. O mesmo ocorreu com Risco de Liquidez, que apresentou impacto positivo para a rentabilidade, indicando que a capacidade dos bancos de honrar seus compromissos, dentro dos prazos esperados, reduz a percepção de riscos do mercado

em geral, permitindo menores custos de captação. Os resultados estão em consonância com os obtidos por D'Oliveira (2014). A variável ECR também demonstrou efeito positivo sobre a rentabilidade, com resultados em consonância com os dados obtidos por Nunes, Menezes e Dias Júnior (2013). A Variação HHI Ativos mostrou o efeito positivo das variações no nível de concentração sobre a rentabilidade dos bancos, em conformidade com o modelo E-C-D. A variável *Dummy* Público sugere que as instituições públicas apresentam bons níveis de rentabilidade para o setor, o que é convergente com o verificado por D'Oliveira (2014). Merece destaque o fato de que essa diferença ocorreu, muito mais pelo crescimento lento dos ativos e do patrimônio líquido pelos bancos públicos, se comparado aos bancos privados, do que pela capacidade de geração de lucros, conforme pode ser observado no Gráfico 1. Vale ressaltar que as demais variáveis não mencionadas não demonstraram significância estatística para as estimações que utilizaram o ROE como variável dependente.

Gráfico 1 - Evolução do Patrimônio Líquido e Lucro Líquido: Bancos Públicos versus Bancos Privados



Fonte: Banco Central do Brasil

Em seguida, a Tabela 2 apresenta os resultados das estimações realizadas para o modelo que utiliza a variação da concentração bancária (na perspectiva dos ativos bancários), como variável dependente. Como exposto, o presente trabalho utiliza a variação do índice de *Herfindahl-Hirschman* para medir as modificações do grau de concentração no setor. Para a estimação do modelo, utilizou-se como base as mesmas variáveis utilizadas para avaliação dos determinantes da rentabilidade, conforme detalhamento no quadro Resumo das Variáveis (Quadro 1). Essa perspectiva permite que se capture um outro aspecto das abordagens mais recentes do paradigma E-C-D, que pressupõe que, em muitos casos, o desempenho, por exemplo, pode ajudar a explicar a estrutura de mercado. A justificativa para o método utilizado, como já mencionado, refere-se ao fato de que a estrutura utilizada para realização deste tipo de análise, observada em outros trabalhos, como no caso de Resende (1992), avalia os determinantes da concentração de mercado a partir de variáveis relacionadas à eficiência do setor e indicadores macroeconômicos. Foram incorporadas, nesse contexto, as variáveis relacionadas à regulação, tema central desta análise.

No caso da *Dummy* Concentração, seus efeitos foram testados com e sem a inclusão de dois períodos de defasagens. Esse tipo de análise mostrou-se útil, uma vez que nem todas as regulações

emitidas passam a valer imediatamente, em especial aquelas relacionadas às alterações para adequação às normas previstas nos Acordos de Basileia.

A variável Top Variação Crédito indicou que a expansão do crédito das 5 maiores instituições financeiras em ativos contribui para a elevação da concentração de mercado, sugerindo que o tamanho das instituições permite uma maior capacidade de expansão do crédito, gerando, por conseguinte, maior concentração, nos dois modelos que consideraram a Variação HHI Ativos como variável dependente. Com relação à ECR, é possível afirmar que a eficiência na geração de receitas, com operações de crédito, apresentou impacto positivo nas estimações que utilizaram a Variação HHI Ativos como variável dependente. Esse resultado indica que a maior capacidade de geração de receitas com operações de crédito contribui para elevações nos níveis de concentração no setor, reforçando a importância que os negócios relacionados à concessão de empréstimos possuem para o segmento.

Tabela 2 - Determinantes da concentração do setor bancário brasileiro (2000-2017), medida pela variação do HHI Ativos

Variáveis	Variação HHI Ativo Dum. Regulação sem defasagem	Variação HHI Ativo Dum. Regulação com defasagem
Financiamento	-2,21263 (2,24473)	-2,27488 (2,12271)
Risco Liquidez	1,5111 (2,2568)	1,03564 (2,20704)
Risco Crédito	-5,00652* (2,93037)	-4,51971 (2,75228)
Top Var Crédito	6,84229** (3,15199)	7,98295** (3,36154)
ECR	14,1226*** (3,84729)	12,222*** (3,80244)
EPS	-0,328585* (0,178135)	-0,26811 (0,162734)
Variacao_PIB	-27,4966*** (4,2974)	-1,53055 (2,76994)
Selic_1	-5,72184** (2,83002)	11,9592*** (2,14511)
IPCA	138,833*** (21,1653)	11,8508 (13,5863)
Dummy Público	-2,89862*** (1,02318)	-2,00115* (1,00619)
Dummy Estrangeiro	0,777557 (0,746737)	0,276218 (0,996225)

Variáveis	Varição HHI Ativo Dum. Regulação sem defasagem	Varição HHI Ativo Dum. Regulação com defasagem
Rem. Compulsório ¹	0,0000000433227 (0,0000000855087)	0,0000000831983 (0,0000000739985)
Participação no Crédito Direcionado ¹	0,411858*** (0,0232728)	0,492528*** (0,0239959)
Índice Basileia ¹	0,00152872 (0,00757138)	0,00247236 (0,00675345)
Dummy Concentração	-3,52544*** (0,348526)	2,1588*** (0,236204)
ROE	2,64939* (1,346)	2,88661** (1,3376)
R ² LSDV	0,192604	0,170585
R ² por dentro	0,17198	0,149294
Teste de Hausman (Fixos/Aleatórios - p-valor)	0,00763122	0,0235836
Teste de Wald (Heteroscedasticidade - p-valor)	0	0
Teste de Wooldridge (Autocorrelação - prob. F)	0,0106805	0,377315
Observações	1719	1716
Número de Bancos	75	75
Legenda	*** p<0,01	** p<0,05 * p<0,10

Fonte: Elaboração própria.

Notas: **1)** Para modelos com Variável Dependente Variação HHI, utilizada a variação das variáveis relacionadas à regulação. **2)** Modelo de Efeitos Fixos - Erros Padrão Robustos entre Parênteses.

No tocante à variável EPS, foi possível verificar que a eficiência na geração de receitas com prestação de serviços sobre as despesas de pessoal demonstrou impacto positivo na concentração, indicando que melhores desempenhos dos bancos, seja na contenção de custos de pessoal, seja na geração de receitas não relacionadas diretamente ao crédito, contribuem para uma maior concentração do setor. Com relação à Variação PIB, os resultados sugerem que, em um cenário de contração econômica, o movimento de fusões e aquisições, e o de eventual entrada de novos bancos no mercado, tende a se reduzir, quando não são consideradas as defasagens da variável *Dummy* Concentração. Já a variável Selic-1 sugere que, em um primeiro momento, patamares mais elevados da taxa básica de juros da economia são compatíveis com a permanência de instituições menos eficientes no mercado, possivelmente devido à tendência à cobrança de maiores spreads neste contexto ou em função da simples elevação das remunerações recebidas em aplicações realizadas em títulos públicos. No

entanto, tal cenário muda sensivelmente com a introdução de defasagens na *Dummy* Concentração, que passa a apresentar efeito positivo. No que tange ao IPCA, apresentou significância e sinal positivo apenas no teste sem defasagem. Ao se introduzir as defasagens na *Dummy* Concentração a inflação, medida pelo IPCA deixa de ser significativa para a concentração bancária.

Em relação à variável *Dummy* Público, notou-se que o indicativo de se tratar de banco público só foi significativa para o modelo sem defasagens. Tal fato pode ser explicado pelo movimento de venda de bancos públicos, corroborando a hipótese de que novos entrantes, ou bancos menos expressivos, adquiriram parte dessas instituições. Com relação à variável Participação do Crédito Direcionado, verificou-se que o direcionamento de recursos para segmentos específicos contribui para um maior nível de concentração, em todos os modelos estimados, dada a possibilidade de alocação não eficiente.

Já a variável *Dummy* Concentração mostrou um comportamento ambíguo, com inversão de sinal de negativo para positivo quando da inclusão de duas defasagens na análise. A justificativa para a diferença dos resultados vai ao encontro do esperado, uma vez que, das regulamentações mapeadas, muitos casos não possuem impacto imediato no setor. Finalmente, a variável ROE demonstrou-se significativa e com impacto positivo para a estimação com a inclusão de defasagens na *Dummy* Concentração. Esse resultado indica que melhores níveis de desempenho contribuem positivamente para o setor, corroborando as expectativas para a variável.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho apresentou uma análise dos impactos da regulação financeira na rentabilidade e na estrutura do setor bancário brasileiro, no período de 2000 a 2017, aproveitando contribuições, tanto do modelo E-C-D, quanto da Teoria da Regulação. Foram analisadas 203 instituições financeiras, caracterizadas como bancos comerciais, bancos múltiplos com carteira comercial e caixas econômicas, utilizando modelos de dados em painel.

No caso da rentabilidade dos bancos analisados, os resultados apontaram que nenhuma variável relacionada à regulação foi diretamente significativa. Vale ressaltar que, dentre as variáveis relacionadas à eficiência dos bancos, a variável ECR, que mensura a capacidade de geração de receitas com operações de crédito, destacou-se, apresentando resultados estatisticamente significativos. As variáveis macroeconômicas, por sua vez, não se mostraram significativas para explicar o desempenho do setor. O comportamento da rentabilidade dos bancos diante da variável *dummy* para bancos públicos foi um dos pontos que chamou a atenção. Seu resultado foi altamente significativo e apresentou impacto positivo no desempenho deles. Contudo, vale a ressalva de que os ativos e patrimônio líquido das instituições privadas cresceram a um ritmo maior do que o das instituições públicas, no período.

Ainda em relação ao desempenho, vale destacar que a evolução da concentração observada no período, captada pelo indicador Variação HHI Ativos, foi estatisticamente significativa e com impacto positivo na rentabilidade. Este comportamento vai ao encontro do que trata o modelo E-C-D, pressupondo a existência de correlação positiva entre a concentração de mercado e a rentabilidade da indústria.

Por sua vez, o impacto da regulação financeira mostrou-se significativo para a concentração de mercado. Os resultados demonstraram que itens como crédito direcionado e regulações que foram identificadas com potencial concentrador (analisadas com as devidas defasagens), contribuíram para a elevação da concentração do setor. Sob a ótica da Teoria da Regulação, este seria um comportamento esperado, uma vez que a utilização da regulação financeira para solucionar as falhas de mercado, pode ter como efeito colateral o surgimento de falhas de governo, resultando em barreiras à entrada e à competição no setor regulado.

Algumas variáveis relacionadas à eficiência do setor bancário também foram estatisticamente significativas para explicar a concentração, com destaque para os indicadores de variação de crédito dos principais bancos e a variável ECR, indicando que as variáveis relacionadas ao crédito, além de importantes para a rentabilidade dos bancos, contribuem para a concentração do mercado. Esses resultados sugerem que o desempenho das firmas pode interferir na estrutura, tal como as críticas ao modelo E-C-D inicial estabelecem.

Conclui-se que, do mesmo modo que há evidências de uma relação positiva entre a estrutura de mercado (e seu movimento de concentração) e o desempenho do segmento bancário, apontada pelo modelo E-C-D; também há evidências de que a regulação financeira tenha contribuído para criar barreiras à entrada, favorecendo a concentração setorial, conforme apontado pela Teoria da Regulação. Não se pode descartar, assim, que, ao contribuir para a concentração bancária, a regulação econômica favoreceu indiretamente um dos componentes básicos do desempenho das instituições financeiras, no período.

Futuros trabalhos poderão explorar de maneira específica as demais variáveis relacionadas à regulação, que não apresentaram significância estatística para a determinação da rentabilidade, dentre as quais, a Remuneração Compulsória, o Índice de Basileia e a *Dummy* Concentração, avaliando sua interação com outras variáveis relacionadas ao desempenho, ou ainda, avaliando o seu impacto exclusivo na rentabilidade

6. REFERÊNCIAS

- BAIN, Joe Staten. **Barriers to New Competition**. Fairfield: Augustus M. Kelley Publishers, 1993.
- CAPELETTO, Lucio Rodrigues; MARTINS, Eliseu; CORRAR, Luiz João. **Mensuração do Risco Sistêmico no Setor Bancário com Variáveis Contábeis e Econômicas**: Trabalhos para Discussão 169. 2008. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pec/wps/port/wps169.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.
- CARLTON, Dennis W.; PERLOFF, Jeffrey M.. **Modern Industrial Organization**. 2. ed. California: Harper Collins College Publishers, 1994.
- D'OLIVEIRA, Eliseu Hernandez. **Determinantes da Lucratividade Bancária no Brasil**. 2014. 51 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Ciências Econômicas, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.
- KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (Org.). **Economia Industrial**: Fundamentos Teóricos e Práticas no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- LEVINE, Ross. Financial Development and Economic Growth: Views and Agenda. **Journal of Economic Literature**, Pittsburgh, v. 35, n. 2, p.688-726, jun. 1997. Disponível em: <<https://pascal.iseg.utl.pt/~aa->

fonso/eif/pdf/Levine.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2017.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes. **Curso de Finanças Públicas: Uma Abordagem Contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2015.

LISBOA, Marcos de Barros; MENEZES-FILHO, Naércio Aquino (Org.). **Microeconomia e Sociedade no Brasil**. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2001.

MASHAW, Jerry L. Reinventing government and regulatory reform: Studies in the neglect and abuse of administrative law. **University of Pittsburgh Law Review**, v. 57, p. 405, 1995.

MATOS, Orlando Carneiro de. **Desenvolvimento do Sistema Financeiro e Crescimento Econômico no Brasil: Evidências de Causalidade**: Trabalhos para Discussão 49. 2002. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pec/wps/port/wps49.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

MATTOS, Paulo et al (Comp.). **Regulação Econômica e Democracia: O Debate Norte-Americano**. São Paulo: Editora 34, 2004.

NAPPI, Joseli Fernanda. **Sistema Bancário e Regulação no Brasil: Reflexões a partir da crise financeira internacional e da adequação à Basileia III**. 2017. 141 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2017. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/325797/1/Nappi_JoseliFernanda_M.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018.

NUNES, Tiago; MENEZES, Gabrielito; DIAS JUNIOR, Paulo. **Reavaliação da Rentabilidade do Setor Bancário Brasileiro: Uma Abordagem em Dados em Painel (2000-2012)**. 2013. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/sul/2013/submissao/files_1/i6-779e7df428c2a3befd59ae844d53a0ed.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2017.

PELTZMAN, Sam; LEVINE, Michael E.; NOLL, Roger G. The economic theory of regulation after a decade of deregulation. **Brookings papers on economic activity. Microeconomics**, v. 1989, p. 1-59, 1989.

POSNER, Richard A. Theories of economic regulation. **NBER Working Paper Series**, n. 41, New York: National Bureau of Economic Reserach. 1974.

RESENDE, Marcelo. Determinantes da estrutura de mercado no setor bancário brasileiro - 1970-86*. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 46, n. 2, p.211-222, abr. 1992. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/viewFile/551/7896>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Progressive Law and Economics. And the New Administrative Law. **The Yale Law Journal**, v. 98, n. 2, p. 341-368, 1988.

SCHERER, F. M.; ROSS, David. **Industrial Market Structure and Economic Performance**. 3. ed. Boston: Houghton Mifflin Company, 1990.

STIGLER, George J. The theory of economic regulation. **The Bell journal of economics and management science**, p. 3-21, 1971.

STIGLER, George J. **The Organization of Industry**. Chicago: University Chicago Press, 1983.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism after the new deal. **Harvard Law Review**, p. 421-510, 1987.

VALADARES, Marcio. **Regulação Bancária no Brasil: história recente e desafios**. 5º Ciclo de Palestras sobre Direito Regulatório - Núcleo de Direito Setorial Regulatório da Faculdade de Direito da UnB,

Brasília, abr. 2016. Disponível em: <<https://drive.google.com/open?id=18SPBF30020CacBvS94XEB-833GWStswDd>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

7

DESIGNING COMPETITION POLICY IN DIGITAL MARKETS FOR DEVELOPING ECONOMIES: HOW THE EU CAN CONTRIBUTE WITH THE DIGITAL MARKETS ACT AND DIGITAL SERVICES ACT

Delineando política de concorrência em mercados digitais para economias em desenvolvimento: como a ue pode contribuir com a lei dos mercados digitais (digital markets act) e a lei dos serviços digitais (digital services act)

Vicente Bagnoli¹

ABSTRACT

The object of the paper is to investigate the competition in digital markets and the role of competition policy in developing economies for an inclusive growth and shared prosperity with innovative tools for a better competition law enforcement. Its methodology analyses international reports and surveys. Developing economies must strengthen their capacity to design competition policy in the digital markets according to their individual social and economic development particularities, observing what developed economies have been doing in their own market. EU has been driving the competition policy in digital markets evaluating mergers and acquisition and prosecuting abuse of dominance. The Digital Markets Act and the Digital Services Act are two more initiatives able to facilitate developing economies in designing their own regulation in digital markets. The result of the paper indicates that one size does not fit all and as a conclusion, experience and good standards should be evaluated and tailored.

¹ Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie nos programas de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado). Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Pesquisador Visitante no Instituto Max Planck de Inovação e Concorrência – Munique (Pós-Doutorado). Mestre em Direito Político e Econômico e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Diretor para o Brasil da ASCOLA – Academic Society for Competition Law. Membro do Núcleo de Proteção de Dados no âmbito do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDIC). Membro do Grupo de Estudos do Procon/SP de análise dos aspectos regulatórios e econômicos do Código de Defesa do Consumidor. Consultor não governamental da International Competition Network – ICN. Consultor Temporário do World Bank Group e da World Intellectual Property Organization. Participante da UNCTAD Research Partnership Platform on Competition and Consumer Protection Laws and Policies (RPP). Sócio de Vicente Bagnoli Advogados. E-mail: bagnoli@vicentebagnoli.com.br

Keywords: competition policy, developing economies, regulation, digital economy, digital markets act, digital services act.

RESUMO

O objetivo do artigo é investigar a concorrência nos mercados digitais e o papel da política de concorrência nas economias em desenvolvimento para um crescimento inclusivo e prosperidade compartilhada com ferramentas inovadoras para uma melhor aplicação da lei. Sua metodologia analisa relatórios e pesquisas internacionais. As economias em desenvolvimento devem fortalecer sua capacidade de desenhar políticas de concorrência nos mercados digitais de acordo com suas particularidades sociais e econômicas de desenvolvimento, observando o que as economias desenvolvidas vêm fazendo em seu próprio mercado. A UE tem conduzido a política de concorrência nos mercados digitais, e o *Digital Markets Act* e o *Digital Services Act* são mais duas iniciativas capazes de facilitar as economias em desenvolvimento na concepção de sua própria regulamentação nos mercados digitais. O resultado do artigo indica que não existe um formato único e, como conclusão, a experiência e os bons padrões devem ser avaliados e ajustados.

Palavras-chaves: política de concorrência; economias em desenvolvimento; regulamentação; economia digital; *digital markets act*; *digital services act*.

Classificação JEL: K21.

Sumário: 1. Introduction; 2. Competition in Digital Market; 3. Competition Policy for Developing Economies; 4. Tools for a Better Competition Law Enforcement in Digital Markets; 5. The Digital Markets Act and Digital Services Act; 6. Conclusion; and 7. Bibliography.

1. INTRODUCTION

The development of the digital markets produces several economic opportunities by improving economic and social outcomes, contributing to innovation and productivity growth, and solving social problems with the use of digital data. In digital markets, platforms can facilitate transactions and networking as well as information exchange. The revolution of all sectors and markets through digitalization can improve the production of goods and services at reduced costs (UNCTAD, 2019, p. XVI).

Digital platforms have taken steps to consolidate their competitive positions globally, including the acquisition of potential competitors and expanding their business into complementary products or services. The new economic resource for creating and capturing value has become Data. The control over data it is strategically central to transform its application into digital intelligence (UNCTAD, 2019, p. XVI-XVII) and the cross-border flows of digital data are chief to all fast-evolving digital technologies, such as data analytics, artificial intelligence, internet of things, cloud computing, blockchain and many other internet-based services. (UNCTAD, 2021, p. XV)

Technology creates opportunities and challenges in digital markets which demands the definition of rules and regulation from governments as well as stakeholders. Policymakers need to make choices that can aid in reversing existing plight against inequalities and power imbalances in digital

markets.

Considering the network effects and the propensity to concentration in digital markets, competition policy has a significant role in creating and capturing value for sharing prosperity. The current frameworks must be adapted to provide competitive and contestable digital markets for developing economies.

The relationship of digital markets along with social and economic development bring together the differences between first and second order benefits. First-order benefits relate to direct and visible advantages of access and use of digital technologies by users, enterprises and governments, which can generate value in terms of increased competitiveness, productivity, wealth and wellbeing. Second-order benefits stem from the development, management and distribution of digital technologies and services that can produce better prospects for long term growth, job and wealth creation, and lasting positive effects on productivity and competitiveness (UNCTAD, 2019, p. 105).

But the year of 2020 has showed that the old normal life has changed and the life in pandemic times, and probably after that, attests how designing competition policy in the digital markets for developing economies is even more complex and necessary to the inclusive growth and shared prosperity achievement.

In times of quarantine, the digital market has strengthened its power and society's dependence on it. E-commerce has boomed, online classes and webinars have transformed the way people teach and learn, the amount of personal data circulating in the digital world has no precedents, digital platforms have confirmed their essentiality, and the big tech stock values have been performing as never before.

But can these benefits of digital markets be fully materialized in developing economies?

Of course not, and the deep gap between under-connected and hyper-digitalized countries will widen and intensify existing inequalities (UNCTAD, June 15, 2020, a) which also contribute to a lesser inclusive growth by reducing employment opportunities for the poor and entrepreneurial opportunities for companies to enter and compete in markets. For instance, 90% of the market capitalization value of the world's 70 largest digital platforms belongs to United States of America (68%) and China (22%). Europe represents 3.8%, Asia (excluding China) 5%, Africa 1.3% and Latin America 0.2%. (UNCTAD, 2019, p. 2)

Data have become a key strategic asset for the creation of both private and social value, for trade and economic development, but also for human rights, peace, and security. António Guterres states that how these data are managed will really affect the capability to undertake the United Nations Sustainable Development Goals. (UNCTAD, 2021, p. XV)

The evolving digital economy is fueled by data and closely associated with several technologies, such as Internet of Things (IoT) whose internet-connected devices send and receive various types of data. The market share of spending on IoT in 2019 was: United States of America 26%, China 24%, Japan 9%, Germany 5%, Republic of Korea 4%, France and United Kingdom 3% each, and the rest of the world 26% (UNCTAD, 2019, p. 7).

In developing economies, a tremendous gap can be observed between the richest and the poorest parts of society in a huge social contrast of opportunities also related to digitalization. The

percentage of population from developing countries which buys goods or services online the figure is well below 5% (UNCTAD, April 6, 2020, b). In the least developed economies only one in five people use the Internet, those the most vulnerable to the human and economic consequences of the pandemic.

This reality has swung wide open with the Covid-19, once digital solutions to survive during the lockdown imposed by the pandemic, such as telemedicine, telework, online education, shopping online and online entertainment are not available for everyone. The one simple reason is that half of the world population remains offline (UNCTAD, 2019, p. 2). António Guterres observes that the pandemic has enhanced the process of digital transformation and added urgency for governments to respond. (UNCTAD, 2021, p. XV)

Among the developing economies the use of internet in Brazil continues to grow, rising from 67% in 2017 to 70% of the population in 2018, which is equivalent to 126.9 million people, according to a survey published in 2019 done annually by the Regional Center for Studies for the Development of the Information Society (*Cetic - Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação, in Portuguese*) (G1, 2019). Despite the increased use of internet, the digital divide reflects the divisions in the Brazilian society. Education is the most significant subject affected by the use of internet. While the rates of the use of internet by highly educated is comparable to most OECD countries, the usage by the lower educated is considerably below the OECD average, which is 73% (OECD, 2020, p. 58).

Developed economies in North America and Europe have internet usage above 80%, while developing economies, such as Eastern Europe and Arab countries, are around 50% to 60%, which places Brazil in an intermediate position. Even so, Brazil still lags, in terms of its connected population, other countries in South America, such as Chile, Argentina and Uruguay (G1, 2019).

But even developed economies should take into consideration this digital divide. These economies have an internet usage above 80% despite a huge social contrast of opportunities also related to digitalization. For example, there is a serious gap between the richest and the poorest parts of society, such as in New York City, where “about 38 percent of Bronx residents don’t have home internet, even higher than the 29 percent for all of the city” (NYT, 2020). This figure showed its face with the pandemic and spotlighted the US pernicious gap between the citizens who can get online and the poorest who cannot. The internet lines simply does not reach the homes of the poorest or these citizens cannot afford internet access or computer, sometimes even both hypotheses apply.

The fast rise of digital technologies is transforming economic and social activities, which means that the digitalization challenges require a coordinated multilateral response, which can also help countries to build resilience and enable responses to other cutting-edge challenges, such as the current pandemic (UNCTAD, June 15, 2020, b).

If on one hand the world economy is changing rapid due the fast spread of new digital technologies, on the other superior levels of digitalization are creating new means for managing global development challenges. UNCTAD (2019, p.1) observes that risks from digital disruptions will favor mostly those that are already well prepared to create and capture value in the digital era, instead of contributing to more inclusive development.

Digitalization from the perspective of developing economies creates opportunities and chal-

lenges which were highlighted with the Covid-19 pandemic and can be turned into an opportunity for those countries to implement and explore the benefits of a digital market and became more resilience to future social and economic instability.

Brazil's E-Digital Strategy, for instance, has developed an encompassing plan for digital transformation and stresses central enablers of this transformation as well as providing specific investigations into the digital transformation for government and economy, especially in competitiveness and productivity. According to OECD (2020, p. 190), the strategy recognizes the changing market environment and highlights the rise of a data-driven economy and new business models, including for agriculture, industry, and services.

The level of development and digital readiness will determine the net impact of digital disruption, together with the policies adopted and enforced. Value chains are influenced by digitalization especially through platformization, modularization and servitization, which opens new means of value addition and structural change. (UNCTAD, 2019, p. 44)

Notwithstanding, developing economies should observe what developed economies have been doing in their own market, their experiences, and initiatives. To this end, EU has been driving the competition policy in digital markets evaluating mergers and acquisition and prosecuting abuse of dominance. Those cases have inspired other authorities around the world, not only the US, but also authorities from developing economies such as Brazil. The Digital Markets Act and the Digital Services Act are two more initiatives from EU able to facilitate developing economies in designing their own regulation in digital markets. The goal of the Digital Markets Act is to allow platforms to unlock their full potential, avoiding occurrences of unfair practices and weak contestability and allowing end users and business users likewise to obtain the full benefits of the digital economy. The Digital Services Act, for instance, advocates for rules to improve a competitive digital environment and foresees a standard-setter at the global level.

Designing competition policy in digital market for developing economies sounds mandatory for inclusive growth and shared prosperity.

2. COMPETITION IN DIGITAL MARKET

In times of digital markets, Competition should be at the center of governmental policies to shift companies to produce and offer better outcomes and services for consumers, facilitate entry of new competitors enters and to grow the markets. Ongoing innovation by incumbent companies will be the result.

Competition in digital market has its own characteristics, including trends such as "*winner takes all*", network effects, platforms, fast-paced innovation and high sums of investment (OECD, 2012, p. 5). In digital markets a successful platform tends to acquire significant market power, but it can be transitory. But not all markets in which online platforms operate have *winner takes all or winner takes most* characteristics (OECD, 2019, p. 7). To have these features, network effects need to be strong, switching costs must be high, and users must consider it difficult or undesirable to multi-home.

Well operating digital markets need to be supported with strong pro-competition policies that open up opportunities for innovation and counter the strengths that can promote a high con-

centration and even a sole winner. (DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, 2019, p. 5)

The digital economy is also characterized by its essential dynamic competition based on continuous cycles of innovation, development and disruptions. The data-driven innovation (DDI) means the significant improvement of a product, process, organizational method or market, or the development of them, performed by Big Data. “The disruptive nature of DDI requires addressing major economic and societal challenges and calls for a whole-of-government and participatory approach to help maximise the benefits and mitigate associated risks and obstacles”. (OECD, 2015, p.17)

Digital platforms have brought efficiencies and improvements by matching buyers and sellers globally. Lowering geographical barriers and flawed information the digital platforms have allowed economic exchanges and the usage of individuals’ and companies’ assets as never before. This matching process has increased the value of economic activity through online services and leading to a more efficient use of resources which tends to benefit consumers.

A platform where different groups of customers match each other, becomes more attractive to sellers as more potential buyers are active on it. The contrary is also true; when sellers increase competition on the platform it becomes more attractive to buyers.

Bundeskartellamt (2013, p. 18) explains that a reciprocal positive externality which only affects one and the same market is called direct network effects. Meanwhile, the indirect networks effect interferes with the other market. But, as network effects are very prominent and manage mutual positive feedback, a “critical mass” is usually necessary.

To achieve a “critical mass” the net effect combined with economies of scale can lead to significant market power so strong that the platform can be characterized as a “natural” monopoly resulting in a winner-takes-most environment and discouraging market entry thereafter. Notwithstanding, network effects by themselves do not assure concentration. A digital platform can be surpassed by a competitor when users have the choice to either switch between services, or use multiple services at the same time, the so-called multi-homing.

As states the UK Digital Competition Expert Panel, as know as Furman Report, (2019, p. 8), the challenges to real competition in digital markets do not come about exclusively because of the platforms’ anti-competitive conduct and acquisition tactics. The network-based and data-driven business models of the platforms also tend to tilt markets to a single winner. “To make competition effective requires policy that changes that dynamic and creates space for businesses to start, compete and grow alongside and around the big platforms.”

Online platforms in exchange for the offer of apps/products/services tend to impose user terms and conditions that are merely amount to a simple delivery of the consumer’s personal data to whom rules the platform. This has led Competition authorities to start to analyze on a case-by-case basis the possible competition issues that may arise from the possession and use of data. However, the Autorité de la Concurrence and Bundeskartellamt (2016, p. 3) observe that while many internet services are provided for “free” to consumers, in practice they involve the collection of personal data.

As describes Unctad data are a special resource, with specific characteristics, such as intangibility and non-rivalry, but at the same time the access to data can be restricted by technical or legal reasons, which make data different from goods and services. For instance, “data collected by major

global platforms are not readily available for others to use, giving the platform owners a monopolistic position to benefit from the data.” (UNCTAD, 2021, p. XVI)

Although global digital platforms keep innovating and competing, according to the UK Digital Competition Expert Panel (2019, p. 38) “there is reason to be sceptical of the notion that they face serious threats to their dominant positions in the future” if changes to the current policy framework are not made.

Considering the above-mentioned network effects and, more broadly, the characteristics of the digital market, personal data as an asset can be comprehended in two perspectives: one from the consumer side; and other from the business side.

From a consumer perspective, the refusal by a consumer to accept the terms and conditions that are imposed may result in no longer being connected to other customers.

From a business perspective, mergers and acquisitions and market power, especially regarding platforms, directly affects competition of smaller players that can hardly compete with those that act in different stages of the market and process Big Data in their benefit. (BAGNOLI, 2015, p. 631)

In digital markets, personal data is a tremendous intangible asset and the currency normally used to access online services. Apparently, consumers do not need to pay for those online services, but “online services that have no monetary price are funded through commissions paid by business users of platforms, or through advertising.” (DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, 2019, p. 22) There is no “free lunch”, and the payment is the personal data consumers have delivered.

Users of digital platforms rarely have an anonymous experience where someone can browse for free. Platforms are monitoring users and harvesting data in ways that nobody would recognize or understand. The UK Digital Competition Expert Panel (2019, p. 23) highlights that “access to data enables companies to engage in data-driven innovation which helps them improve their understanding of customers’ demands, habits and needs, thus cementing their advantage.”

Big Data is what makes platforms in digital market unique. Its usage promotes a *feedback loop*, allowing companies to create products and offer services which will attract present and new customers, assuring substantial economies of scale and driving the market in favor of the already dominant platforms.

In this context, Big Data represents the new frontier in competitive matters, and demands a close and a cautious look to comprehend the role of Competition Law to assure at the same time the development of markets and technologies and to avoid the restraint of competition.

Big Data can be extremely powerful as a competitive advantage through faster responses and more efficient results for businesses, but Big Data also can be used as an astute mechanism to restrict competition by practicing anti-competitive conducts, “including raising barriers to entry and foreclosing access to essential inputs” (GRUNES; STUCKE, 2015, p. 3), and consolidating market dominance.

The Big Data refers to a giant set of digital data held by companies, governments and organizations which analyzes extensively through algorithms. Technically, the operation to access and extract the potential value of Big Data is called analytics, which allows for the interpretation of Big Data.

Companies must constantly perform risk assessments to analyze how the use of Big Data can drive their decision-making power, which subsequently guides their activities in digital markets. Big Data can provide them with market power and also benefits consumers, “chief among them free user services (as a number of merger cases have noted), improved quality, and a rapid increase in innovation” (SOKOL; COMERFORD, 2016, p. 3). Big Data can also give rise to objections of competitors for anti-competitive or unfair competition practices.

Big Data inaugurates a new era, providing new advances, business relationships and consolidations of power. Competition Law is still valid and applicable though. It assures the free competition, the dynamic efficiency of markets, which brings consumers welfare, the innovation process and contributes to the social and economic development.

The digital platforms also perform an important role to provide services to the underprivileged population. They provide financial services in emerging market and developing economies where financial inclusion creates a source of demand for tech services. This is especially true amongst the lower-income population and in rural areas where in general there is a shortage of traditional financial institutions. People may also be attracted to the potentially lower cost of financial services provided by big techs and fintechs.

According to FSB – Financial Stability Board (2020, p. 1), “use of technology has increased the efficiency with which financial services are provided. It has also given rise to financial services that can be cheaper, more convenient, and tailored to users’ needs, thereby offering opportunities to improve consumer welfare and support financial stability”. The expansion of digital platforms activity also highlights the risks and vulnerabilities concerning consumer protection due to the population’s lower financial literacy and the use of their personal data to offer them additional services which could be unneeded and costly.

The impact of digital market on competition and consequently on social and economic development is a hot topic that deserves careful attention, especially for developing economies that aim to design their own competition policy and bridge current and evolving digital divides to take advantage of digitalization. (UNCTAD, April 6, 2020, a, p.7).

3. COMPETITION POLICY FOR DEVELOPING ECONOMIES

Competition policy as recognized by World Bank Group and OECD (2017, p. XI) is a powerful tool for bolstering efforts to reduce poverty and generate shared prosperity. Competitive markets work as drivers of economic growth and productivity and as conduits for consumer welfare with lower prices, better products and services, and innovation. The key factors to promote economic growth and shared prosperity are good governance, macroeconomic stability, access to infrastructure, investment in human development, and social policies to protect the poor.

Any competition policy through its policies and regulations will somehow affect the competitive environment and should be implemented on pro-competition market regulation basis which varies in degrees in each country. The enforcement of competition law generally demands that a law come into force and preferably be applied by a competition authority or even a multi tasked authority.

An effective competition policy involves measures that allow contestability by the consumers and entry and rivalry among competitors, while safeguarding the enforcement of competition laws. Governments of developing economies are progressively demanding pragmatic solutions for effective competition policy enactment and references for sectoral policies that are procompetitive.

The simple increase of the number of competitors in a market or the eradication of market power focusing on the theoretical model of perfect competition is not what competition policy aims for. Far from that, competition policy is designed to promote the proper incentives for companies to improve their economic performance in comparison with actual or potential competitors and therefore deliver the best results for consumers and the entire economy.

Competition policy seeks to protect the process of competition, once competitive markets lead to lower prices and to the development of better products and services: innovation. Competition also leads to economic efficiency and international competitiveness and gives consumers choice (WHISH, 2016).

World Bank Group and OECD (2017, p.5) state that the two pillars of competition policy are: (i) the promotion of measures to enable contestability along with competitor entry and rivalry; and (ii) the enforcement of competition laws: rules against abuse of dominance, anticompetitive agreements, merger control as well as control of state aid.

According to Whish (2016) competition law consists of three 'pillars': (i) prohibition of anti-competitive agreements; (ii) prohibition of the abuse of a dominant position; and (iii) control of mergers that could be harmful to competition. Competition authorities have increasingly been given an 'advocacy' role. Typically, it is left to them to argue the case for competition to government.

Regulators traditionally act on such markets where competition cannot work effectively by itself. A pro-competition market regulation implies in different reasons for government intervention in markets by adopting sectorial regulations. Regulated sectors usually demand public services or utilities that are essential to consumer welfare such as price and quality. However, regulation also contributes to a company's entrepreneurship allowing for profit and market entry. Through their actions regulators have the aim to promote competition among companies in oligopolistic markets or even in natural monopolistic markets acted in by the private sector, where competition in the market is not possible.

Regulators may act in several forms to defend the public interest against monopoly power, even if some measures could be seen as contradictory to the reach of competition law. They may include allowing price coordination in a specific market, preventing advertising or requiring territorial market division, replacing competition policy in case of natural monopolies, controlling the market power in a more direct form establishing price caps or controlling entry and access. (UNCTAD, 2010)

Stiglitz and Walsh (2003, p. 228) observe that to comprehend the service of public utility performed by the private sector, the purpose of regulation is to keep the price as low as possible, without threatening the monopolist's need to obtain a return on his investment. In other words, it aims to keep the price equal to the average cost - the average cost includes a 'normal return' on the capital that the companies' owners have invested. If the sector regulator is successful, the natural monopoly will not make monopolistic profits.

The rationale for economic regulation derives from market failure, that under specific situations the market system may not lead to desirable outcomes. Regulators should intervene to correct those failures by promoting competition. However, if regulators fail, they can bring about negative effects on the functioning of the markets by eliminating companies' incentives to compete.

What a Regulator must evaluate is if any regulatory decision to be taken could be done with a less restrictive policy option that could achieve the same objective. (WORLD BANK GROUP, 2015).

The cost and benefits impact of policy making can be verified by Regulatory Impact Assessment (RIA), a practical guide to assist policy makers in developing economies to identify and focus on the key barriers to competition.

As part of the RIA, "Competition Assessment" deals with the procedure of evaluating government regulations, rules and laws in respect to effects on the markets' dynamics which assists regulators or even competition authorities in identifying the standards that may unreasonably hinder competition, especially the competition law (OECD, 2019, b) (ICN, 2015). If the assessment concludes that there are competition problems in the sector that require correction, government regulations, rules and laws should be redesigned. (OECD, 2007)

The adoption of an effective competition law and policy reduces the uncertainty for companies regarding their investment decisions and consequently contributes to a competitive market permitting the entrance of new companies, efficient companies to compete and inefficient companies to fail and even leave the market.

Competition law and policy deal with the control or abolishment of collusion among competitors, risky mergers and acquisitions, and abuse of dominance. Those situations can restrain the access to markets and lessen competition, which may affect domestic and international trade and economic development. (UNCTAD, 2010)

Considering the best practices on competition law and policy recommended by OECD (2019, b), these laws and policies must be designed according to the level of economic development of the country. The core of the competition law should be the promoting of competition in markets. To enforce the law a competition authority must be gifted with governments budgets, have independence to prevent political interference in their decisions and have close relationship with regulators to promote open dialogue. An independent competition authority also needs a well-trained staff with a prospect of a long-term career path and commitment o are committed to public service all of which leads to high levels of staff retention. (WHISH, 2016)

Competition authorities also have an important educational function as described by Whish (2016): (i) educating the business community; (ii) educating the population – the person in the street; (iii) educating the media; (iv) interacting with relevant professional; and (v) the judiciary also needs to be educated.

Since 1990's the world has seen a transformation with the adoption of competition laws and the creation of competition authorities. Especially in the beginnings of 2000's it became a reality in most countries. A great part of this new competition era can be attributed to ICN - International Competition Network, which has been promoting the culture of competition advocacy as well as the efforts of World Bank Group, OECD and UNCTAD.

All countries have their own cultural, social and economic characteristics to be taken into account to design a competition policy, especially in digital market for developing economies. Despite this fact the so-called 'DNA' of competition policies has inspired a competition law framework from the same principles.

This can be accentuated once the differences in digital willingness and the high concentration of market power in digital economy underline the need for new policies and regulations designed to safeguard a fair distribution of the gains achieved from digital disruptions.

Fox (2012) highlights that developing economies must design their own competition law and resist pressures to copy international standards. Traditionally developing economies have inferior levels of competition in comparison with developed ones, especially when analyzing the existence and enforcement of competition law, barriers to competition, trade, and foreign investment. (WORLD BANK GROUP, 2016)

Whish (2016) observes that in some developing economies there will be a tendency for one company to dominate a particular market and to take steps to exclude new entrants, spurring the need for a law that prohibits the abuse of a dominant position. In some jurisdictions the law on abuse may be more important than the law on anti-competitive agreements.

In sum, "there is no one universal approach to competition law and that its design and enforcement need to take into account the political, economic, and social circumstances of the country concerned", as explains Cheng (2020, p. 1). This will demand developing economies to seek an enforcement of Competition Law that reflects the level of economic development and then its economic needs.

Competition Law and Policy is not a copy and paste from one country to another. To achieve inclusive growth and shared prosperity in developing economies through the benefits of competition it is necessary to individualize the stage of the social and economic development of a country and then apply the key elements for success that are: (i) effective market competition; (ii) efficient market regulation; and (iii) the adoption of competition policies. In digital markets, the inclusive growth and shared prosperity achievements also observe these cornerstones.

4. TOOLS FOR A BETTER COMPETITION LAW ENFORCEMENT IN DIGITAL MARKETS

The principles of competition policy are generally applicable to any type of market, however their employment can be affected by the challenging features of digital markets, such as the efficacy of the consumer welfare standard, multi-sided markets in which prices are dependent between sides, zero prices on one side of the platform, consumers paying for services through their personal data, extensive data collection, and loss of privacy due to incentives on treatment of personal data. (DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, 2019, p. 86-89)

The effective enforcement of Competition Law on dominant players in digital markets can be implemented by properly defining the relevant market, assessing possible abuse of market power and updating the tools for merger reviews. Services provided by some digital platforms could also be compared to public utilities, making regulation a tool for ensuring open and fair access for all com-

petitors.

Entrepreneurs in developing economies can benefit from the use of global digital platforms by being connected with different parts of the country and even with other countries which can result in the improvement of efficiency and the increased access to domestic and international markets. “For developing countries to benefit fully from global platforms, their entrepreneurs and enterprises need to have easy access to them, both as buyers and sellers”. (UNCTAD, 2019, p. 107)

Once some services provided by digital platforms could be measured as public utilities, such as infrastructure of a public good nature that communities, consumers and users rely on, exclusion from this utility should not be decided upon by a single private company. Dominant digital platforms have to be neutral and to safeguard their neutrality is to apply the “essential facilities doctrine”.

Updating the tools used for reviewing mergers is an essential step in all jurisdictions to address potential competition concerns. Global digital platforms generally acquire local platforms around the world that rarely reach or exceed the threshold that subject those deals to a review. For a more detailed analysis of mergers and acquisitions in digital market, for example, Germany and Austria have inserted as a notification criterion based on the value of the deal, in addition to the criterion of threshold of companies’ revenue.

The description of the relevant market is the beginning of any competitive analysis. This identifies what product or service people are dealing with, which players are in this market, such as producers, distributors and even consumers, their interests, the total market size, the existence of barriers to entry and the possibility of market power and dominant position. “Competition Authorities’ experiences indicate that defining the relevant market and assessing market power become more nuanced when it comes to digital markets”. (BRICS, 2019, p. 11)

The definition of the Big Data Relevant Market (or simply BDRM) can explain the whole picture of this market in its different stages. (BAGNOLI, 2016) In addition, “the use of big data is becoming a key way for leading companies to outperform their peers”. (MCKINSEY, 2001, p. 6) It brings together some market power awareness and abuse of dominance as exclusionary practice since the issue is competition and goes beyond innovation and welfare. One must keep in mind that the information and knowledge originated from Big Data is not available to everyone in the same amount and quality. The accessibility to these technologies may give a competitive surplus to those who hold them.

Identifying and understanding the Big Data Relevant Market structure (*Big Data capture, Big Data storage and Big Data analytics*) from the Competition Law perspective may also lead to better comprehend the performance of companies in the digital markets and verify precise competition issues such as market power, barriers to entrance, stifling innovation and abuse of dominance.

The precise identification of the players and their respective shares in the capture, in the storage and the analysis of Big Data can better explain how the BDRM works and how concentrated a digital market is. It is important to consider that one player can perform its business in only one, several, or even in the three stages of the BDRM.

The BDRM indicates that the Big Data cycle not only deals with overlaps in horizontal bases but in vertical bases as well, which reveals existing or potential enhancements of market power and dominance. Moreover, considering digital platforms as multi-sided markets, conglomerate effects

can be better understood by applying the BDRM to investigate competition cases, both merger and acquisitions or anticompetitive conducts.

The world's largest digital platforms, Apple, Microsoft, Amazon, Alphabet (Google), Facebook, Tencent and Alibaba, for instance, are increasingly investing in all parts of the global data value chain as states Unctad (2021, p. XV): "data collection through the user-facing platform services; data transmissions through submarine cables and satellites; data storage (data centres); and data analysis, processing and use, for instance through AI [artificial intelligence]". These super digital platforms have a competitive data advantage and they have become worldwide digital corporations with global reach.

As stated by Unctad (2019, p. 140) some services provided by digital platforms could be considered similar to utilities. The dynamics of competition within the ecosystem of the platform are governed and controlled by who owns it and restriction or exclusion from this utility should not be decided by a single private company. Dominant digital platforms should have to do this with neutrality, and a means to safeguard the neutrality of dominant platforms is to apply the 'essential facilities doctrine' and regulation would be a tool to assure open and fair access in the market. (BAGNOLI, 2020) In this perspective, according to Unctad (2019, p. 141) "if regulations could clearly set the rules of the game for platforms, there might be less need for ex post enforcement of competition law by authorities."

Another subject pointed out by Unctad (2019, p 141) is the need for greater international collaboration. Competition authorities in developing economies tend to be relatively new, small and limited with resources, especially to face an even more concentrated global digital economy. Joining forces among developing regional economies within regional trade and economic frameworks could facilitate intraregional trade and safeguard larger markets for local companies to compete with global ones and would prevent their vulnerability from super digital platforms. This would go beyond the exchange of information and experiences, the so-called best practices, that in general take place in international forums such as ICN – International Competition Network.

Internally, it is also recommended that a competition authority cooperate with other regulators, such as data privacy and consumer authorities to exchange information and join efforts to achieve better results in the enforcement of competition standards.

Digitization also tends to contribute to enhance the performance of competition authorities by reducing bureaucracy and costs for administrators, as well as increasing efficiency. To this end, the Brazilian Competition Authority - CADE instituted the Digital Transformation Plan 2020/2021 (CADE, August 8, 2020) which aims to establish guidelines to enhance CADE's performance in offering digital solutions for services provided to society, as well as promoting the reduction of infrastructure costs.

Competition authorities should also create task forces with specialized professionals to deal with the challenges and specificities of digital economy. For instance, the Portuguese Competition Authority – AdC (Apdc, 2020) has instituted a task force to investigate the use of algorithms and big data in anti-competitive practices, with a particular focus on cartels.

Another example is provided by the Brazilian Competition Authority - CADE, which formed a team in early 2013 to evaluate the possibility of creating economic filters to detect cartels. In addition to

researching information technology to detect cartels adopted by other competition authorities, CADE has developed partnerships with other Brazilian public authorities with experience in the use of big data. Yet in 2014, CADE hired consultants with specialized knowledge in the areas of statistics, information technology and data mining to develop analytical tools. They have also implemented an interface called “The Brain Project” (*Projeto Cérebro*, in Portuguese) (MACEDO, p. 79-82; in BAGNOLI, 2018) incorporating data mining instruments and economic filters which CADE can employ to fight cartels.

Innovation and dynamic competition have also become omnipresent in the analysis of digital market. Dynamic competition is directly related to the idea that well-functioning, competitive markets bring about innovations, vis-à-vis product and process. Competition authorities constantly strive to keep innovation channels open. The evolution of businesses and technologies feed the debate on how dynamic competition should be incorporated into the competition analysis in anticompetitive behaviour investigations and merger control. (BRICS, 2019, p. 15-16)

There are many options that can be chosen, notwithstanding each developing economy needs to strengthen the capacity to design its own Competition Policy in digital markets while respecting social and economic development particularities.

5. THE DIGITAL MARKETS ACT AND DIGITAL SERVICES ACT

There are two initiatives from EU that can greatly contribute to enhance Competition Law and Policy and are able to assist developing economies in designing their own regulation in digital markets: the Digital Markets Act (DMA) and the Digital Services Act (DSA).

But before starting considerations about DMA and DSA, the background of EU on digital economy and certain contributions from EU deserve some comments.

Developing economies must strengthen their capacity to design competition policy in the digital markets according to their individual social and economic development particularities. Developing economies should, however, observe what developed economies have been doing in their own markets as well as learn from their experiences and initiatives.

The debate over data protection and its regulations is not new in Brazil, but the LGPD (*Lei Geral de Proteção de Dados*, in Portuguese, or Brazilian Data Protection Law), for instance, inaugurates in Brazil a legislation dealing exclusively and specifically with data protection. It was enacted in 2018 and entered into force in 2020. (BAGNOLI; ABRUSIO, 2021)

The LGPD is an innovative data protection regulation in Brazil and was greatly inspired by the European regulatory data protection framework, i.e., the General Data Protection Regulation (“GDPR”) and the OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (“OECD Guidelines”).

Despite its solid link to the GDPR, the LGPD did introduce a different scenario when comparing to the GDPR. One among many would be the legal basis for the processing of credit history data which is in line with the amendments implemented with the Brazilian Positive Registration Law.

In that regard, LGPD article seven establishes measures foreseen in GDPR article one by listing if and only when possibilities for lawful data processing. However, among the accepted possibili-

ties are those in its item X in which the personal data processing may be performed “for the protection of credit, including as for what is specifically regulated by the pertinent legislation”. This “specific legislation” mentioned in article seven, X, is equivalent to both the Positive Registration Law and its regulating decree.

Therefore, the regulation in Brazil of the matter differs from Europe where through the GDPR the legitimate interest would apply, as foreseen in item 1(f) of the GDPR.

The LGPD follows similar parameters of the GDPR as it presents definitions for the most important terms used for data protection and the scope of LGPD throughout its text.

Article six of the LGPD establishes that the personal data processing activities must be performed in good faith and are subject to several principles, such as: purpose; adequacy, need, free access, quality of data, transparency, security, prevention, non-discrimination, liability, and accounting. Bioni and Mendes (2019) highlight that the LGPD foresees all the principles contained in the GDPR with three additions: security, prevention, and non-discrimination. This would evidence the “legislator’s concerns with contemporary features of data protection” and “addressing the discriminatory potential of data use generated by automated decision mechanisms, or even the principle of prevention - which can be used to develop privacy-related design measures such as the concepts of Privacy by Design and Security by Design”.

In comparison to the GDPR, LGPD foresees four additional possibilities listed for lawfulness data processing, which are, pursuant to article seven, IV, VI, VIII and X: (i) studies performed by research bodies (item IV); (ii) the regular exercise of rights in court proceedings (item VI); (iii) health protection (item VIII); and (iv) credit protection, including as for what is specifically regulated by the pertinent legislation.

As mentioned, this “specific legislation” in article seven X, is equivalent to both the Positive Registration Law and its regulating decree. Therefore, the regulation in Brazil of the matter is different in relation to what occurs in Europe through the GDPR, by which the legitimate interest would apply, as in item 1(f) of the GDPR.

As previously mentioned, the LGPD was inspired on the European regulations of data protection, such as the GDPR, and OECD Guidelines. However, it is important to notice that Brazil adopted a specific data protection system presenting some peculiarities regarding its own legal system and past or current Regulations / Laws.

The EU has been driving the competition policy in digital markets by skillfully evaluating mergers and acquisition and prosecuting abuse of dominance. These cases have inspired other authorities around the world to investigate and open cases in their own jurisdictions or to rethink competition law and big tech regulation, both in developed or developing economies.

In the US, for instance as a developed country, in October 2020, the Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary of the US House of the Representatives, issued the Investigation of Competition in Digital Markets Report, which was initiated in June 2019 and looks into the state of competition online.

As part of a top-to-bottom review of the market, the investigation examined the dominance of Amazon, Apple, Facebook, and Google, and their business practices to determine how their power

affects American democracy and the economy. The Subcommittee further performed a review of existing antitrust laws, competition policies, and current enforcement levels to assess whether they are adequate to market power and anticompetitive conduct in digital markets.

According to the Report: “(...) the totality of the evidence produced during this investigation demonstrates the pressing need for legislative action and reform. These firms have too much power, and that power must be reined in and subject to appropriate oversight and enforcement. Our economy and democracy are at stake” (US House of the Representatives, 2020, p. 7).

In 2021 Senator Amy Klobuchar introduced the Competition and Law Enforcement Reform Act (CALERA) aimed at reforming the antitrust laws to better protect competition in the American economy. It would amend the Clayton Act and modify the standard for an unlawful acquisition in an effort to deter anticompetitive exclusionary conduct that harms competition and consumers, enhance the ability of the Department of Justice and the Federal Trade Commission to enforce the antitrust laws, and for other purposes. (CALERA, 2021)

As states Coniglio (2021), “put simply, while validating the program of the progressive economists with respect to certain rules dealing with species of unilateral conduct, the antitrust framework CALERA endorses appears to be, for all practical purposes, the European one”.

On June 11, 2021, House lawmakers introduced wide-ranging antitrust bill of law designed to restrain the power of Big Tech and curb corporate consolidation.

The five bills² would be the most ambitious update to monopoly laws in decades and take direct aim at Amazon, Apple, Facebook and Google and their control over online commerce, information, and entertainment. “The legislation could reshape the way the companies operate”. (NYT, 2021) They would make it easier to break up businesses that used their dominance in one area or to get a stronghold in another. They would put in place new obstacles for acquisitions of blossoming rivals as well as empower regulators with more funds to police companies.

The basis for the proposed bills is the investigation carried out by the Antitrust Subcommittee 2020 Report that accused companies of charging high fees, forcing smaller customers into unfavorable contracts and of using “killer acquisitions” to hobble rivals. (BBC, 2021)

In Brazil, as an example of developing economy, CADE (the Brazilian Competition Authority) has been dealing with different competition cases in the digital economy and is aware of the occurrences in other jurisdictions.

CADE published in 2020 a working paper entitled Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports (*Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, in Portuguese). The working paper aimed at reviewing the main publications of authorities and important research centers on this topic. The working paper also aimed to summarize for Cade and society

2 The bills are: (i) The American Choice and Innovation Online Act, which prevents companies from manipulating marketplaces to promote their own products; (ii) The Platform Competition and Opportunity Act of 2021, which makes it harder for companies to buy and kill off competitors; (iii) The Ending Platform Monopolies Act, which prohibits Big Tech monopolies from selling products in marketplaces they control; (iv) The Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching (ACCESS) Act of 2021, which makes it easier to leave a social media platform and take your data to a competitor; and (v) The Merger Filing Fee Modernization Act of 2021, which allows the Department of Justice and the Federal Trade Commission the resources they need to police monopoly power, at no cost to taxpayers

the vision of its international peers as to support the improvement of internal policy of CADE to ensure the technical and scientific update of its performance.

On the cases side, CADE has investigated digital platforms such as Booking.com, Decolar and Expedia. They came to an end with a settlement to suspend the investigation into the use of unfair parity clauses in contracts signed with hotel chains for the use of their internet sales platforms.

Google was also in the spotlight of CADE. In a decision handed down in 2019, CADE ordered the discontinuance of an administrative proceeding that determined whether Google allegedly placed its Google Shopping in a privileged position in the search engine results (Google Buscas). This would certainly infringe the neutrality of the algorithm to favor its service to the detriment of competitors. Another decision dated from 2019, CADE had discontinued an administrative proceeding that investigated the alleged adoption of unfair terms in Google's contracts to license its program for ad interoperability between its AdWords platform and other ad platforms. Also in 2019, CADE decided to file an open administrative proceeding against Google investigating an allegation that the company was practicing "scraping", which consists of copying competitively relevant content from rival theme sites for use in its theme search engines.

More recently CADE issued a working paper in 2021 entitled International Benchmarking on Competition Defense Institutions and Data Protection (*Benchmarking internacional sobre as instituições de Defesa da Concorrência e de Proteção de Dados*, in Portuguese). Benchmarking consists of a study of data protection and competition institutions in twelve jurisdictions, in addition to Brazil, with an analysis of the main interrelationships and general aspects of data protection laws. It presents a broad overview of the structure and functions of different authorities, such as the European Union. At the end, the working paper presents suggestions on possible interactions between the Brazilian competition authority (CADE) and data protection authority (ANPD) in the pursuit of the well-being of society.

As brought up at the beginning of this chapter, there are two other initiatives from EU that can contribute greatly to enhance Competition Law and Policy and are definitely able to assist developing economies in designing their own regulation in digital markets: the Digital Markets Act and the Digital Services Act.

A Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector, the so-called Digital Markets Act or DMA, took into account the enforcement experience under EU competition rules that shows that quite a few digital services have some common features, such as, "(i) highly concentrated multi-sided platform services, where usually one or very few large digital platforms set the commercial conditions with considerable autonomy; (ii) a few large digital platforms act as gateways for business users to reach their customers and vice-versa; and (iii) gatekeeper power of these large digital platforms is often misused by means of unfair behaviour vis-à-vis economically dependent business users and customers" (EUR-LEX, 2020, p. 2).

The DMA proposal is further limited to several core platform services, such as: (i) online intermediation services; (ii) online search engines; (iii) social networking; (iv) video sharing platform services; (v) number-independent interpersonal electronic communication services; (vi) operating systems; (vii) cloud services; and (viii) advertising services, where the notorious difficulties are most

evident and prominent. Indeed, the presence of a restricted number of large online platforms that serve as gateways for business users and end users promotes the weakness of contestability.

These concerns are especially strong when the core platform service is operated by a gatekeeper, which means the core platform providers have a significant effect on the internal market, operate at least one important gateway to clients and enjoy or probably will enjoy an entrenched and durable position in their operations.

The goal of the DMA proposal is therefore to let platforms unlock their full potential by addressing the most prominent occurrences of unfair practices and weak contestability at the EU level. This allows end users and business users alike to gain the full benefits of the platform economy and the digital economy in general, promoting a contestable and reasonable environment.

When and if approved by the Member States, the DMA proposal has some expected results and impacts³.

Interventions targeting the increase of contestability of the digital sector would have a significant positive and growing contribution by reducing prices and enlarging consumer choice, productivity gains and innovation. “Efficiency gains from the Digital Single Market, would contribute to a 1.5% increase in GDP per year until 2030 and create between 1 and 1.4 million jobs”. (EUR-LEX , 2020, p. 60) Smaller businesses would be more self-confident in engaging with gatekeepers, who in turn comply with mandatory and unambiguous fairness rules. A regulatory action would not only promote an increase of sales through smaller platforms but would also impact positively the market growth. It would strengthen confidence in the platform business environment. The benefits expected would enhance the potential of innovation amongst smaller businesses as well as improving the quality of service and therefore the consumer welfare. Once implemented, the foreseen interventions would reduce competitive asymmetries between gatekeepers and other platforms and “a consumer surplus could be estimated at 13 billion euros, i.e. around 6% increase as compared to the baseline”. (EUR-LEX , 2020, p. 60)

The proposal Digital Markets Act is a regulatory initiative that will have to be put in place at the EU level. Doing so would ensure that the regulation is implemented by the companies, ex-ante controls and monitoring, such as designate gatekeepers, monitor compliance by gatekeepers, adopt non-compliance decisions, assess exemption requests, conduct market investigations, and enforce the resulting decisions and implement acts. “The Commission will have to increase its presence in the Digital Markets, moreover, as the regulation foresees legal deadlines also means that resources must be allocated to these tasks without delays”. (EUR-LEX , 2020, p. 71)

Some DMA chapters or articles may be considered for developing economies to better design their own Competition Policy in digital markets.

Adapting article 1.2, a Regulation in digital markets for developing economies would be applied to core platform services provided or offered by gatekeepers to business users established in the Country or end users established or located in the Country. This would be irrespective of the place of establishment or residence of the gatekeepers and irrespective of the law otherwise applicable to

3 The proposal is pending for approval by the Council and the European Parliament awaiting committee decision: [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/0374\(COD\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/0374(COD)&l=en) (accessed on 11-05-2021)

the provision of service.

Article 1.6, a Regulation in digital markets for developing economies is without prejudice to the application of the national Competition Law. It is also without prejudice to the application of national rules prohibiting anticompetitive agreements, decisions by associations of undertakings, concerted practices, and abuses of dominant positions. It also allows national competition rules prohibiting other forms of unilateral conduct insofar as they are applied to undertakings other than gatekeepers or amount to imposing additional obligations on gatekeepers and national rules concerning merger control.

Article 2 of the DMA brings definitions which can be copied by developing economies and adapted when and if necessary. For instance, for the purposes of a Regulation in digital markets for developing economies, 'Gatekeeper' means a provider of 'core platform service' which means: (i) online intermediation services; (ii) online search engines; (iii) online social networking services; (iv) video-sharing platform services; (v) number-independent interpersonal communication services; (vi) operating systems; (vii) cloud computing services; (viii) advertising services, including any advertising networks, advertising exchanges and any other advertising intermediation services, provided by a provider of any of the core platform services listed in points (i) to (vii).

Article 3.1 of the DMA brings the designation of gatekeepers which can be copied by developing economies. "A provider of core platform services shall be designated as gatekeeper if: (a) it has a significant impact on the internal market; (b) it operates a core platform service which serves as an important gateway for business users to reach end users; and (c) it possesses an entrenched and durable position in its operations or it is foreseeable that it will have such a position in the near future."

Adapting article 3.1, for a Regulation in digital markets for developing economies, a provider of core platform services would be presumed to satisfy: (i) where the undertaking to which it belongs achieves the cap of the threshold for merger and acquisitions according to national Competition Law; or (ii) it provides a core platform service that active end users established or located in the Country that reaches in the last financial year the percentage presumed of dominant position according to national Competition Law.

The national Competition Authority would be notified when a provider of core platform services meets one of the thresholds mentioned during a merger and acquisitions proceeding. The respective rules established in the national Competition Law would prevail regardless of whether the other party in the transaction fulfills the requirements set out in the Law. The notification would be updated and carried out whenever other individual core platform services meet the thresholds mentioned above.

Article 5 refers to obligations for gatekeepers and 6 refers to obligations for gatekeepers susceptible to being further specified of the DMA. Both articles have positive (allow) and negative (refrain) obligations directly applicable to digital gatekeepers. Together, article 5 and article 6 reflect the main EU competition investigations in digital platforms during the latest years. As illustrates Botta (2022, p. 5): "for instance, the obligation to keep 'data silos' mirrors the German Facebook case, while the prohibition of Most Favoured Nation (MFN) clauses resemble the Booking.com case. Similarly, the gatekeeper's obligation to allow final users to dis-install any pre-installed app is inspired by the Commission decision in Google Android. At the same time, the prohibition for self-preferencing

reflects the Google Shopping decision.”

They both (articles 5 and 6) bring definitions which can be copied by developing economies and adapted when and if necessary, according to each national Competition Law. In the same manner, the following articles until 13 should be copied and if so, adapted to each developing economy specificity.

For instance, under article 12 the gatekeeper should notify any new concentration prior to its implementation and following the conclusion of the agreement, the announcement of the public bid, or the acquisition of a controlling interest, irrespective of whether it is notifiable under either the Reg. 139/2004 or under the national rules of merger control. The notification would permit the EU Commission to monitor market concentration in the core platform services.

Chapter IV, Market investigation, and Chapter V, Investigative, enforcement and monitoring powers, of the DMA proposal should also be considered for developing economies. Those mechanisms are already foreseen in national Competition Laws, making the enforcement of Competition rules easier to be applied by respective competition authorities from developing economies in digital markets for gatekeepers.

The Digital Services Act (DSA) proposal, in general terms, defines duties and accountability for providers of intermediary services, especially to online platforms, such as social media and marketplaces. The DSA proposal seeks to improve users’ safety online across the entire EU and expand the protection of their fundamental rights by delimiting clear due-diligence commitments for determined intermediary services, such as notice-and-action procedures for prohibited content and the option to challenge the platforms’ content moderation choices.

Moreover, online platforms would be obligated to receive, store, and verify, even if partially, and publish information on vendors. The usage of their services will ensure a safer and more transparent online ecosystem for consumers. The DSA proposal sets a higher standard of transparency and accountability on how the providers moderate content, on advertising and on algorithmic processes, considering the unique impact of very large online platforms on the EU economy and society.

The DSA proposal is a Regulation which introduces a horizontal framework for all classes of content, products, services, and activities on intermediary services. It would be Independent to the EU General Data Protection Regulation and other EU rules on protection of personal data and privacy of communications and complemented by additional actions under the European Democracy Action Plan.

Each developing Country should consider the DSA as a guideline and analyze it according to each social and economic reality. They should then tailor it into their own laws such as data privacy, civil and criminal liability laws, as well as press and media laws.

Nevertheless, each developing Country should provide a scrutinized regulatory and competitive impact assessment (RCIA) to build its own Digital Services Act in accordance with its needs and current legal framework. This should foster a fair and inclusive digital ecosystem, which boost competitiveness, entrepreneurship, generation of wealth and shared prosperity.

The Digital Services Act (DSA) and the Digital Markets Act (DMA) proposals are designed to limit the power of big techs at the EU level and can undoubtedly play the role of the landmark regu-

lations for the digital economy. This would be able to contribute yet to a set of global standards.

DSA and DMA will both have a broad worldwide impact not only on the business practices of GAFA (Google, Apple, Facebook, and Amazon), and other primarily US-based giants such as Microsoft, but also on the Chinese big techs, such as Alibaba and Tencent. Collectively these platforms are considered the seven super digital platforms or the tech giants. “The European Union is expected to designate these companies as the ‘gatekeepers’ of the Internet, justifying a targeted regulatory push to rein in their outsize market power”. (PROJECT-SYNDICATE, 2020)

This could signify that the Brussels Effect also covers the big techs and “this notable de jure Brussels Effect has led to a situation where the majority of the global markets are covered, in practice, by a variant of EU competition law.” (BRADFORD, 2020, p. 99-100)

These anticompetition enhancements can be carried out as a more complex and ambitious agenda, particularly now with DMA and DSA. For a long time, the coined expression in 2012 by Anu Bradford (2020), the Brussels Effect, was a secondary and basically unplanned by-product of a regulatory agenda that was driven by internal motivations. But in recent times, a conscious external agenda has emerged beside this internal agenda. The emergence and prevalence of the Brussels Effect lays out the circumstances under which a sole jurisdiction puts forth global regulatory authority and shows why the EU can be considered to undertake the role of a global regulatory hegemon.

Notwithstanding, to become global the EU standards must persuade companies to adhere to its single standard. The benefits related to complying with them exceed the benefits of taking advantage of laxer standards in other markets and jurisdictions, such as in developing economies where the enforcement of Law for big companies demands more from authorities. DMA and DSA can both help authorities from developing economies to develop and enforce their own rules.

The goal of the Digital Markets Act is to allow platforms to unlock their full potential avoiding occurrences of unfair practices and weak contestability. This permits end users and business users likewise to obtain the full benefits of the digital economy. The Digital Services Act, for instance, advocates for rules to improve a competitive digital environment and foresees a standard-setter at global level.

Competition policy design in digital markets is not a copy and paste from one country to another. But experience and good standards should be evaluated and tailored. The Digital Markets and the Digital Services Acts are both important tools for developing economies to design competition policy in their own digital markets.

6. CONCLUSION

As presented in this paper the development of the digital markets can produce several economic opportunities by improving economic and social outcomes which could contribute to innovation and productivity growth and solve social problems with the use of digital data.

Covid-19 pandemic brought maleficence and a complete change in the digital behavior of people, businesses, and organizations. A greater reliance on digital solutions should only accentuate in a post crisis scenario and enable society to entirely engage in the digital economy.

The impact of digital markets on competition and consequently on social and economic development deserves careful attention, especially for developing economies that aim to design their own competition policy and bridge current and evolving digital divides to take advantage of digitalization.

Competition policy seeks to protect the process of competition. Competitive markets lead to lower prices, develop better products, foster innovation, and contribute to economic efficiency as well as international competitiveness.

Inclusive growth and shared prosperity can be achieved in developing economies through the benefits of competition. The first step would be to individualize the stage of the social and economic development of a country and then apply the key elements for success which are: (i) effective market competition; (ii) efficient market regulation; and (iii) the adoption of competition policies.

The enforcement of Competition Law in digital markets can mature more effectively by properly defining the relevant market, assessing possible abuse of market power, updating the tools for merger review, and increasing cooperation among competition authorities and regulators.

The Digital Markets Act and the Digital Services Act are both important tools to assist developing economies design competition policy in their own digital markets, allowing platforms to unlock their full potential, avoiding occurrences of unfair practices and weak contestability and allowing end users and business users likewise to obtain the full benefits of the digital economy, but also advocating for rules to improve a competitive digital environment and foresees a standard-setter at global level.

Competition Law and Policy is not a copy and paste from one country to another. One size does not fit all! But experience and good standards should be evaluated and tailored, such as the EU Digital Markets and Digital Services Acts. Developing economies must strengthen their capacity to design competition policy in the digital markets according to their individual social and economic development particularities.

7. BIBLIOGRAPHY

APDC: **AdC cria 'task force' digital para travar práticas anticoncorrenciais**, 2020. Available at: <http://www.apdc.pt/noticias/atualidade-nacional/ad-c-cria-task-force-digital-para-travar-praticas-anticoncorrenciais> (searched on: September 13, 2021)

Autorité De La Concurrence - Bundeskartellamt. **Competition Law and Data**. May, 2016. Available at http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (searched on: December 06, 2020)

BAGNOLI, Vicente. Competition for the Effectiveness of Big Data Benefits. **IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law**. Munich, volume 46, number 6, p. 629-631, 2015

BAGNOLI, Vicente. The big data relevant market. **Concorrenza e Mercato**, Milan, number 23, special number *Big Data e Concorrenza*. p. 73-94, 2016.

BAGNOLI, Vicente. Digital Platforms as Public Utilities. **IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law**. Munich, volume 51, number 8, p. 903-905, 2020.

BAGNOLI, Vicente.; ABRUSIO, Juliana. (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e sua intersecção entre a proteção de dados pessoais, proteção dos consumidores e proteção da concorrência: com comentários acerca da pandemia da Covid-19**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

BBC: **US lawmakers introduce bills targeting Big Tech**. Available at: <https://www.bbc.com/news/technology-57450345>.amp (accessed on: July 14, 2021)

BIONI, Bruno R.; MENDES, Laura Schertel. O Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira: Mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, vol. 124/2019, Jul-Ago/2019, DTR/2019/39947.

BOTTA, Marco. Sector Regulation of Digital Platforms in Europe. **Journal of European Competition Law & Practice**. Oxford, p. 1-13, 2021

BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect: How the European Union Rules the World**. Oxford: Oxford Press, 2020.

BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect Comes for Big Tech**. 2020. Available at: <https://www.project-syndicate.org/commentary/eu-digital-services-and-markets-regulations-on-big-tech-by-anu-bradford-2020-12?barrier=accesspaylog> (accessed on: July 15, 2021)

BRICS: **BRICS in the digital economy – competition policy in practice: 1st report by the competition authorities, working group on digital economy**, 2019. Available at: http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/brics_report.pdf (searched on: September 10, 2021)

Bundeskartellamt: **Vertical Restraints in the Internet Economy Meeting of the Working Group on Competition Law**. Available at: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/Vertical%20Restraints%20in%20the%20Internet%20Economy.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (searched on: July 05, 2019)

Cade: **Booking, Decolar e Expedia celebram acordo de cessação com o Cade**. 2018. Available at: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/booking-decolar-e-expedia-celebram-acordo-de-cessacao-com-o-cade> (accessed on: June 15, 2021)

Cade: **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados**. Documento de Trabalho nº 005/2020. Available at: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrencia-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf> (accessed on: June 15, 2021)

Cade: **Benchmarking internacional sobre instituições de Defesa da Concorrência e de Proteção de Dados**. Documento de Trabalho nº 002/2021. Available at: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2021/Documento%20de%20Trabalho%20-%20Benchmarking-internacional-Defesa-da-Concorrencia-e-Protecao-de-dados.pdf> (accessed on June 15, 2021)

Cade: **Cade arquiva investigação sobre cláusulas em contratos para anúncio no Google AdWords**. 2019. Available at: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-arquiva-investigacao-sobre-clausulas-em-contratos-para-anuncio-no-google-adwords> (accessed on: June 15, 2021)

Cade: **Cade arquiva processo contra o Google sobre suposta cópia de conteúdo de concorrentes na**

internet. 2019. Available at: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-arquiva-proceso-contra-o-google-sobre-suposta-copia-de-conteudo-de-concorrentes-na-internet> (accessed on: June 15, 2021)

Cade: **Processo contra Google no mercado de busca na internet é arquivado.** 2019. Available at: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/processo-contra-google-no-mercado-de-busca-na-internet-e-arquivado> (accessed on: June 15, 2021)

Cade: **Cade institui Plano de Transformação Digital.** 2020. Available at: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-institui-plano-de-transformacao-digital> (accessed on: September 13, 2021)

CALERA: **Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act of 2021.** Available at: <https://www.kramerlevin.com/images/content/6/4/v3/64604/CALERA-Bill-S.225.pdf> (accessed on: July 14, 2021)

CHENG, Thomas K. **Competition Law in Developing Countries.** Oxford: Oxford University Press, 2020.

CONIGLIO, Joseph. **All Things Are Possible with Antitrust – CALERA, Capability Standards, and Looking to Europe to Reinvigorate U.S. Antitrust Enforcement.** 2021. Available at: https://www.competitionpolicyinternational.com/all-things-are-possible-with-antitrust-calera-capability-standards-and-looking-to-europe-to-reinvigorate-u-s-antitrust-enforcement/#_ftn1 (accessed on: July 14, 2021)

EUR-LEX: **Regulation of the European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act).** 2020. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en> (accessed on: July 15, 2021)

FOX, Eleonor. **Competition, Development and Regional Integration: In Search of a Competition Law Fit for Developing Countries,** 2012. Available at: <https://ssrn.com/abstract=1761619>. (accessed on: April 6, 2019)

FSB: **Financial Stability Board, BigTech Firms in Finance in Emerging Market and Developing Economies: Market developments and potential financial stability implications.** 2020. Available at: <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P121020-1.pdf> (accessed on: September 13, 2021)

G1: **Uso da internet no Brasil cresce, e 70% da população está conectada.** 2019. Available at: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/08/28/uso-da-internet-no-brasil-cresce-e-70porcent-da-populacao-esta-conectada.ghtml> (accessed on: August 26, 2020)

GRUNES, Allan P.; STUCKE, Maurice E. **No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in The Era of Big Data.** The Antitrust Source, April 2015. American Bar Association. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2600051> (accessed on: May 07, 2016).

International Competition Network. **Framework of Competition Assessment Regime.** 2015. Available at: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AWG_FrameworkCompetitionAssessmentRegimes.pdf (accessed on: June 07, 2020).

MACEDO, Alexandre Cordeiro. **A experiência do Cade no desenvolvimento de filtros econômicos para a detecção de cartéis.** In: BAGNOLI, Vicente (coord.) Concorrência e Inovação. São Paulo: Scortecci, 2018.

McKinsey Global Institute. **Big Data: The Next Frontier for Innovation, Competition, and Productivity.** 2011. Available at: <https://www.mckinsey.com/business-functions/digital-mckinsey/our-insights/>

big-data-the-next-frontier-for-innovation (accessed on: January 14, 2015)

NYT: **Think Local About the Digital Divide**. 2020. Available at: <https://www.nytimes.com/2020/12/03/technology/digital-divide-local-solutions.html> (accessed on: December 03, 2020)

NYT: **Lawmakers, Taking Aim at Big Tech, Push Sweeping Overhaul of Antitrust**. 2021. Available at: <https://www.nytimes.com/2021/06/11/technology/big-tech-antitrust-bills.html> (accessed on: July 14, 2021)

OECD: **Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being**. 2015. OECD Publishing, Paris. Available at: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en> (accessed on: July 15, 2016)

OECD: **An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation**. 2019. OECD Publishing, Paris. Available at: <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>. (accessed on: September 13, 2021)

OECD: **Competition Assessment Toolkit**. Volume 1 and 2. 2019. Available at: www.oecd.org/competition/toolkit (accessed on: September 09, 2020)

OECD: **Going Digital in Brazil, OECD Reviews of Digital Transformation**. 2020. OECD Publishing, Paris. Available at: <https://doi.org/10.1787/e9bf7f8a-en> (accessed on: September 13, 2021)

OECD: **The Digital Economy**. OECD Publishing, Paris, 2012.

OECD. **Implementing Competition Policy in Developing Countries**. OECD Publishing, Paris, 2007.

OECD: **An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation**. 2019. Available at: https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation_19e6a0f0-en#page7 (accessed on: November 18, 2019)

SOKOL, D. Daniel; COMERFORD, Roisin. **Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?** Available at <http://ssrn.com/abstract=2723693> (accessed on: May 31, 2016).

STIGLITZ, Joseph; WALSH, Carl E. **Introdução à macroeconomia**. Tradução da 3ª ed. americana. Tradução de Maria José Cyhlar Monteiro. Revisão Técnica de João Sicsú. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

UK: Digital Competition Expert Panel: **Unlocking digital competition Report of the Digital Competition Expert Panel**. Available at: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf (searched on: August 31, 2020)

UNCTAD: **Digital Economy Report 2019: Value creation and capture – implications for developing countries**. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/der2019_en.pdf (searched on: January 31, 2020)

UNCTAD: **Digital Economy Report 2021: Cross-border data flows and development: For whom the data flow**. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/der2021_en.pdf (searched on: October 29, 2021)

UNCTAD. **Model Law on Competition: Substantive Possible Elements for a Competition Law, Commentaries and Alternative Approaches in Existing Legislation**. 2010.

UNCTAD: **Coronavirus reveals need to bridge the digital divide**. 2020. Available at: <https://unctad.org/>

en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=2322&utm_source=CIO++General+public&utm_campaign=d0e68e9470-EMAIL_CAMPAIGN_2019_05_17_11_42_COPY_04&utm_medium=email&utm_term=0_3d334fa428-d0e68e9470-70636409 (accessed on: September 13,2021)

UNCTAD: **Decade of digitalization needed to drive development for all.** 2020. Available at: https://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=2395&utm_source=CIO++General+public&utm_campaign=5e26d15771-EMAIL_CAMPAIGN_2019_05_17_11_42_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_3d334fa428-5e26d15771-70636409 (accessed on: September 13, 2021)

UNCTAD: **Making Digital Work for Sustainable Development: The Time to Act is Now.** 2020. Available at: <https://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=2394> (accessed on: September 13, 2021)

UNCTAD: **The Covid-19 Crisis: Accentuating the need to bridge the digital divide.** 2020. Available at: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/dtlinf2020d1_en.pdf (accessed on: September 13, 2021)

US House of the Representatives: **Investigation of Competition in digital Markets.** 2020. Available at: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519 (accessed on: July 14, 2021)

WHISH, Richard. **Challenges for competition policy in developing countries – what should the policy of the Brazilian authorities be?** Lecture given by Prof. Richard Whish at Mackenzie University Law School, September 19, 2016. Available at: <https://youtu.be/EdNoe5JGtY8> (accessed on: June 07, 2019)

World Bank Group: **Boosting Competition in African Markets.** Washington, DC: World Bank. 2016.

World Bank Group: **Unlocking Growth Potential In Kenya: Dismantling Regulatory Obstacles To Competition.** Washington, DC: World Bank. 2015.

World Bank Group: **A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth.** Washington, DC: World Bank. 2017.

8

EFEITOS CONGLOMERADOS NA JURISPRUDÊNCIA DO CADE

Conglomerate effects in Cade's jurisprudence

Maria Cristina de Souza Leão Attayde¹

RESUMO

Recentemente tem-se notado o ressurgimento de preocupações concorrenciais relativas a efeitos conglomerados em concentrações econômicas em virtude principalmente da importância crescente da tecnologia digital. Nesse contexto, o artigo analisa a aplicação dos chamados efeitos conglomerados nas decisões e análises de atos de concentração feitas pelo Cade, a partir da vigência da Lei nº 12.529/2011. Primeiramente foram apresentadas algumas questões conceituais relativas a efeitos conglomerados, o contexto histórico no qual surgiram importantes discussões antitruste, assim como algumas das novas abordagens da doutrina, especificamente em relação economia digital. No que tange à jurisprudência do Cade, foram abordadas as teorias do dano aplicadas nas análises de efeitos conglomerados. Notam-se avanços nesse tipo de análise nos seguintes aspectos: (i) ampliação da análise, para além do chamado efeito portfólio, com a incorporação de outras teorias do dano; e (ii) a utilização crescente de análises econômicas por meio de estudos quantitativos e qualitativos.

Palavras-chave: Efeitos conglomerados; atos de concentração; Cade, jurisprudência; Lei nº 12.529/2011.

ABSTRACT

Recently there has been a revival of interest in conglomerate effects, specially in response to the growing importance of digital technology. In this context, the article aims to analyze the conglomerate effects in Brazil merger control since the Law nº 12.529/2011. At first, it is presented conceptual issues regarding conglomerate mergers, the historical context of discussions concerning conglomerate effects and new approaches of antitrust doctrine, specially with regard to digital economy. Subsequently, it was analysed the Cade's jurisprudence, specifically theories of harm applied in conglomerate effects. In this respect, it is noted that there have been advances: (i) Cade's jurisprudence has used other theories of harm, beyond the portfolio power; (ii) growing use of economic reviews, i.e., empirical studies and qualitative assessment.

Keywords: Conglomerate effects, merger control, CADE, jurisprudence, Law nº 12.529/2011.

¹ Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Atuou na Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE/MF e Secretaria de Direito Econômico/MJ. Autora de artigos e monografia nas áreas de concorrência e regulação, entre eles, VII Prêmio SEAE 2012, 2º lugar, na área de Advocacia da Concorrência. Atualmente atua no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, especificamente no Departamento de Estudos Econômicos. E-mail: cristinasl100@gmail.com

Sumário: 1. Introdução; 2. Efeitos conglomerados e a doutrina recente; 3. Teorias do dano; 4. Efeitos conglomerados na era digital; 5. Conclusão; 6. Referências; 7. Anexo.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende avaliar a aplicação dos chamados efeitos conglomerados nas análises dos atos de concentração feitas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade a partir do advento da Lei nº 12.529/2011². Em geral, efeitos conglomerados têm sido considerados menos preocupantes sob o ponto de vista de uma análise antitruste tradicional, sendo que, em muitos casos, esses efeitos são analisados sob o rito sumário³. No entanto, tem havido uma crescente preocupação por parte de autoridades antitruste, inclusive o Cade, tendo em vista o ressurgimento de grandes conglomerados potencializado pela tecnologia digital.

Atos de concentração que originam concentração conglomerada, por definição, não alteram a estrutura do mercado, pois não implicam concentrações horizontais, nem integrações verticais. Logo, os efeitos conglomerados podem ser considerados indiretos, pois as partes não atuam nos mesmos mercados relevantes (concentração horizontal), e nem em mercados verticalmente relacionados nos quais agentes econômicos possuem uma relação atual ou potencial de fornecedor-cliente, ou seja, ofertam produtos ou serviços pertencentes a etapas diferentes da mesma cadeia produtiva. Isso significa que os produtos e/ou serviços que as partes ofertam no mercado são, de maneira geral, complementares ou não diretamente relacionados⁴.

Nesse sentido podem-se classificar as operações conglomeradas em três tipos: (i) aquelas voltadas a diversificar linhas de produtos, i.e., fabricam produtos complementares por natureza, pois possuem semelhanças em processos de produção, publicidade e/ou distribuição (operações de extensão de produto); (ii) aquelas voltadas à diversificação geográfica da atuação das partes, ou seja, ofertam o mesmo produto, mas atuam em mercados relevantes geográficos distintos por meio de multiunidades (operações de extensão de mercado); e (iii) outras, dentre as quais aquelas que visam à entrada em um novo mercado, não antes explorado pela parte adquirente (operações conglomeradas).

2 A Lei nº 12.529/2011, que instituiu uma nova estrutura ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência trata, entre outras disposições, da alteração do sistema de análise de atos de concentração, que passa de posterior para prévio, ou seja, antes da consumação da fusão ou aquisição. Nesse contexto, o Cade passou a ter a função preventiva de controle de concentração de poder econômico de mercado.

3 Exemplos de atos de concentração sumários recentes que analisaram poder de portfólio: 08700.002780/2019-65 (Requerentes: QIAGEN GMBH e General Electric Company); 08700.002403/2019-26 (Requerentes: Cameron International Corporation (Grupo Schlumberger) e Subsea 7 Holdings (US) Inc. (Grupo Subsea 7)).

4 Visto que não há uma definição padrão para efeitos conglomerados, Neven (2005) argumenta que efeitos conglomerados estão relacionados a produtos que podem ser complementares, substitutos fracos ou independentes pelo lado da demanda. Substitutos fracos referem-se a produtos que estão em mercados adjacentes, o que geram os chamados efeitos portfólios. Nesse sentido, efeitos conglomerados podem ser considerados como efeitos indiretos, pois não ocorrem no mesmo mercado relevante; no entanto tais efeitos só acontecem quando há consumidores em comum. Ver: NEVEN, D. (2005) The analysis of conglomerate effects in EU merger control.

das puras)⁵.

Pode-se afirmar que operações de extensão de produto estão intrinsecamente relacionadas à possibilidade de aumento de poder de portfólio – a modalidade de efeitos conglomerados mais analisada pelo Cade.

Nesse sentido, efeitos conglomerados são possíveis efeitos anticompetitivos ou não decorrentes de fusões/aquisições conglomeradas. Estes efeitos podem ser, por exemplo, redução de custos de transação, fechamento de mercado, práticas exclusionárias ou discriminatórias, preços predatórios por meio de subsídios cruzados, entre outros. Há pelo menos quatro teorias do dano relativas a potenciais impactos anticompetitivos causados por fusões/aquisições conglomeradas que se destacam na doutrina (vide Seção 3), sendo que o aumento do poder de portfólio é o mais destacado.

Vale ressaltar que efeito portfólio não é sinônimo estrito de efeito conglomerado, mas sim uma das modalidades de efeitos decorrentes do poder conglomerado. Poder de portfólio está relacionado à oferta de uma ampla gama de produtos complementares de tal forma que a detenção de tais produtos pode provocar dois tipos de efeitos: (i) os custos de transação dos clientes podem ser diminuídos quando ele passa a lidar apenas com uma empresa que possui diversos tipos de produtos e marcas, ao invés de vários pequenos fornecedores (o relacionamento com muitos fornecedores importa em custos de transação decorrentes de negociações de preços e condições com cada produto, realização de contratos, relacionamento com diferentes equipes de vendas, entre outros); (ii) o aumento gradativo da dificuldade dos concorrentes rivalizarem com a empresa que detém tal poder, ao terem os seus acessos aos pontos de venda dificultados em virtude de condutas como *tying* e *bundling*⁶.

A partir da definição de operações conglomeradas e efeitos conglomerados constante nesta introdução, a Seção 2 acrescenta alguns aspectos conceituais, o contexto histórico no qual surgiram importantes discussões antitruste e apresenta algumas das novas abordagens da doutrina. A Seção 3 trata de teoria do dano, i.e., tipologia, teorias do dano apresentadas pelos Conselheiros, e as análises econômicas decorrentes. A Seção 4 trata de desafios colocados ao Cade diante da economia digital e, por fim, na Seção 5 apresentam-se as conclusões.

2. EFEITOS CONGLOMERADOS E A DOCTRINA RECENTE

Conglomerados são grandes estruturas empresariais formadas por inúmeras empresas independentes que atuam em mercados não relacionados ou pouco relacionados, seja, na produção, distribuição ou comercialização de bens e/ou serviços.

Conforme mencionado anteriormente, fusões conglomeradas envolvem empresas que não

5 Fonte: GOLDBERG, L. The Effect of Conglomerate Mergers on Competition. **The Journal of Law & Economics**, v. 16/1, p. 137-158, 1973; e HOVENKAMP, H. **Federal Antitrust Policy**. 4. ed. Hornbook series, p. 336 a 337, 2011

6 Simplificadamente, pode-se afirmar que *tying* (venda casada) ocorre quando a venda de um dos produtos está condicionada pela venda do outro – também chamado de *pure bundling*. *Bundling*, ou *mixed bundling* ocorre quando a empresa vende dois ou mais produtos tanto em forma de pacotes, como em separado. Esta é a forma mais comum, por exemplo, no mercado de telecomunicações. Fonte: OECD. Triple and Quadruple Play Bundles of Communication Services. OECD Science, Technology and Industry Policy Papers, n. 23, 2015

atuam no mesmo mercado de produto e nem em diferentes estágios sucessivos da mesma cadeia produtiva. Logo, sob a ótica do produto, fusões conglomeradas podem envolver os seguintes tipos de bens:

- i.** Complementares: bens econômicos que devem ser combinados para satisfazer de terminada necessidade; quando utilizados em conjunto, aumenta-se a sua utilidade. Exemplo: hardware e software de computador.
- ii.** Substitutos fracos: produtos que estão em mercados adjacentes, o que geram os chamados efeitos portfólios. Apesar de não estarem no mesmo mercado relevante, há consumidores em comum. (NEVEN, 2005).
- iii.** Não relacionados: produtos que não são nem substitutos, nem complementares. No entanto, esses bens podem envolver insumos similares ou serem ofertados como parte de um conjunto de produtos pertencentes a mesma marca. Exemplo: motor para avião e motor para barco. (OCDE, 2020).

É importante ressaltar que há a possibilidade de fusões conglomeradas que envolvem bens similares. Isso ocorre quando a operação implica extensão de mercado, ou seja, uma empresa local é adquirida por uma empresa com várias unidades territoriais que oferta o mesmo produto/serviço em diferentes mercados relevantes geográficos.

Ademais, atos de concentração que implicam efeitos conglomerados trazem, em geral, outros tipos de concentrações como sobreposições horizontais e/ou integrações verticais. Em contraposição, há fusões conglomeradas puras, que implicam somente efeitos conglomerados.

Historicamente, nos anos 60 e 70, uma onda de fusões conglomeradas suscitou um amplo debate, tanto em termos de política antitruste, quanto nos círculos acadêmicos, com relação às motivações das empresas em expandir para mercados não relacionados (ou pouco relacionados), assim como em relação à lucratividade dessa estratégia. Além disso, tentou-se avaliar se essas fusões suscitavam preocupações por parte das autoridades antitruste, visto que, a priori, essas operações não pareciam motivadas por um aumento de poder de mercado. (BOURREAU e STREEL, 2019, p. 5)

Vale destacar que em 1967, o US Federal Trade Commission (FTC) proibiu, pela primeira vez, uma fusão cujo foco eram efeitos conglomerados. Trata-se do caso Procter & Gamble-Clorox, no qual, a posição do FTC em proibir a fusão prevaleceu na Suprema Corte norte-americana em 11/04/1967⁷.

Nesse contexto, surgiram inúmeras teorias econômicas nas décadas de 60 e 70 que buscavam explicar o fenômeno das fusões conglomeradas, as vantagens do processo de diversificação em

7 Resumidamente, a proibição da fusão baseou-se nas seguintes alegações: (i) Procter & Gamble era uma das poucas entrantes potenciais no mercado de alvejantes líquidos e assim a aquisição da Clorox iria afetar a concorrência presente e futura nesse mercado; (ii) visto que à época Procter & Gamble era um grande anunciante, o segmento Clorox seria mantido com custos publicitários menores em relação aos competidores e, conseqüentemente, estaria apta a aumentar sua participação no mercado. Assim como nos serviços de publicidade, alegou-se que fusões conglomeradas concedem vantagens indevidas à empresa adquirente devido a economias em outros fatores como serviços jurídicos, serviços de informática, P&D, *lobbying* e acesso ao mercado de capitais. Fonte: Goldberg, L. (1973), "The Effect of Conglomerate Mergers on Competition", *The Journal of Law & Economics*, Vol. 16/1, pp. 137-158.

mercados pouco relacionados e possíveis danos concorrenciais advindos dessas operações⁸.

À essa época, a jurisprudência norte-americana, ao decidir pela reprovação ou com restrições operações com efeitos conglomerados, baseou-se em diferentes teorias do dano, que podem ser condensadas em 4 grupos: (i) teoria da atuação transversal (*Reciprocity Dealings Theory*), (ii) fortalecimento do poder econômico (*Entrenchment Doctrine*), (iii) eliminação da concorrência potencial (*Substantial Lessening of Competition*) e (iv) aumento da concentração agregada (*Increase of Aggregate Concentration*). (BUNDESKARTELLAMT, 2006, p. 3 a 5)

Nota-se que uma das teorias do dano mais recorrentes na jurisprudência do Cade é a chamada teoria da atuação transversal (*Reciprocity Dealings Theory*) na qual, em linhas gerais, a empresa emprega seu poder sobre determinado mercado para induzir sua atuação em outros mercados, em especial, com relação a bens/serviços complementares ou relacionados (maiores detalhes, vide Seção 3).

Recentemente, novas abordagens de teorias do dano relativas a efeitos conglomerados têm-se destacado. Conglomerados industriais das décadas de 60 e 70 têm sido substituídos por empresas digitais gigantes, com crescente poder de mercado e atuação transversal em vários setores da economia por meio de plataformas que atuam como *marketplaces*, ou seja, conectam compradores e vendedores.

As chamadas *big techs* (e.g., Apple, Google, Facebook e Amazon) têm se expandido em vários setores da economia, inclusive em mercados não relacionados. A título de exemplo, a Amazon, que no início, dedicava-se apenas ao comércio eletrônico de livros, expandiu-se para vários tipos de produtos/serviços, na sua maioria, por meio de aquisições de empresas. Os segmentos nos quais a Amazon atua inclui comércio eletrônico de livros, edição de livros, serviços de pagamento, serviços de computação em nuvem, serviços de financiamento, mercado de distribuição de produtos farmacêuticos, supermercado *online*, fabricação de hardware, serviços de seguro, serviços de *streaming* de música, mercado de distribuição e produção de filmes e séries de TV, além de atuar como rede de entrega e logística e como plataforma de publicidade, entre outros. Logo, pode-se considerar, nos dizeres de Khan (2017), que a Amazon representa um titã do século XXI, pois além de ser o centro do comércio eletrônico, também atua como infraestrutura essencial que abriga outros negócios⁹.

8 Bourreau e Streeck (2019, p. 4 a 7) apresentam resumidamente as principais teorias econômicas, no âmbito de Organização Industrial (OI), que explicam a onda de fusões conglomeradas que ocorreram na década de 60 e 70: *agency theory*, *market power theory*, *resource theory* e *internal capital market theory*. Além disso, os autores trazem uma breve discussão sobre em que medida essas teorias explicam o crescimento de conglomerados digitais.

9 KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox, *The Yale Law Journal*, volume 126, número 3, 2017. A autora, ao discorrer sobre a forma de atuação da Amazon, faz uma análise crítica das limitações do atual arcabouço antitruste, em especial, a teoria do bem-estar do consumidor, em captar novas formas de abuso de poder de mercado, especificamente no contexto de plataformas *online*. A doutrina corrente, ao avaliar a concorrência, principalmente por meio de variáveis como preço e quantidade, além de negligenciar, em muitas situações, os riscos concorrenciais de estratégias, como preço predatório, assim como estratégias de integração entre diferentes linhas de negócios, revela deficiências em captar a arquitetura de poder de mercado na economia moderna.

Bourreau e Streele (2019, p. 7 a 10) argumenta que, pelo lado da oferta, economias de escopo¹⁰ exercem um papel fundamental em mercados digitais, não apenas no processo de produção, mas principalmente no desenvolvimento de novos produtos por meio do compartilhamento de insumos (inputs) tais como dados, *hardware*, *software* e algoritmos. Logo, economias de escopo tornam-se fator chave de explicação da estratégia de diversificação adotada por empresas digitais.

Os autores citam, a título de exemplo, a Apple que tem desenvolvido internamente uma gama de processadores que são utilizados e reutilizados no desenvolvimento de produtos como iPhone e iPads. O compartilhamento desses processadores reduz o custo de desenvolvimento de cada novo device. Ademais, a modularidade do modelo de produtos digitais permite que determinado produto (e.g., serviço de localização – *map service*) sirva de insumo para outro produto (e.g., sistemas de navegação).

Visto que empresas digitais têm capacidade de coletar uma imensa quantidade de dados sobre consumidores, há a possibilidade de utilização desses dados como insumos compartilháveis – pois são bens não rivais – o que leva também a economias de escopo no desenvolvimento de novos produtos, assim como a possibilidade de melhor monetizar a atenção do consumidor – em diferentes dispositivos (e.g., de notebook para celular, para tablet) ou aplicativos (e.g., Facebook) – por meio da publicidade online direcionada. (BOURREAU e STREEL, 2019, p. 9)

Acrescente-se que controle sobre dados é amplificado e pode implicar barreiras à entrada quando se analisa as formas de atuação de plataformas *online*. Khan (2017), ao estudar as estratégias de mercado da Amazon, argumenta que uma das fontes de poder de plataformas online advém de um duplo papel: ao mesmo tempo que atua como varejista, também atua como *marketplace*, o que permite a ela coletar vários tipos de dados como dados de consumo, de vendas de potenciais rivais, de pesquisa por produtos, entre outros. Com isso, o controle sobre dados permite às plataformas *online* amoldar melhor os serviços oferecidos, avaliar a demanda, alavancar outras linhas de negócios e até eliminar concorrentes.

Por fim, pelo lado da demanda, há as sinergias de consumo que podem ser geradas por ecossistemas de produto, ou seja, quando há interações (vínculos) entre diferentes produtos e/ou serviços, possivelmente não relacionados, ofertados pela mesma empresa, o que permite ao consumidor o compartilhamento de funcionalidades entre produtos. Por exemplo, Apple Watch pode apenas ser usado conjuntamente com um iPhone da Apple e não com um smartphone de outro fabricante. (BOURREAU e STREEL, 2019, p. 10)

Logo, essas duas características, ou seja, sinergias tanto pelo lado da oferta, quanto pelo lado da demanda, favorecem o desenvolvimento de amplos portfólios de produtos por empresas digitais.

Nesse contexto, discussões sobre possíveis distorções concorrenciais advindas de fusões conglomeradas têm abordado questões como efeitos coordenados por meio de práticas colusivas e condutas unilaterais relativas a fechamento de mercado por meio de práticas como *tying* e *bundling*.

10 Economias de escopo ocorrem quando se torna menos dispendioso produzir 2 ou mais produtos ou serviços dentro de uma única firma do que por firmas separadas em virtude da existência de insumos compartilháveis no processo de produção. Caso esses produtos/serviços pertençam a mercados não relacionados ou pouco relacionados, a expansão permitida por economias de escopo gera firmas conglomeradas.

Com relação a efeitos coordenados¹¹, Cheng (2017, p. 62) argumenta que interações repetidas entre conglomerados atuantes em múltiplos mercados tornam mais prováveis condutas paralelas. Caso essas condutas excluam novos concorrentes, tem-se a chamada exclusão paralela, o que torna um sério problema concorrencial.

A exclusão paralela é um novo conceito no direito da concorrência e está relacionado a condutas, por parte de conglomerados, de autoentrancheamento, que abrange múltiplas firmas e prejudicam a concorrência ao limitar perspectivas concorrenciais de rivais ou de potenciais rivais. Esquemas de exclusão paralela, em geral, não são resultado de um plano deliberado, mas sim decorrentes da manutenção de práticas costumeiras¹².

Tendo em vista que o padrão exclusionário pode ser replicado em diferentes mercados, conglomerados exacerbam esse efeito tornando condutas de exclusão mais prováveis a aumentar e a permanecerem estáveis. (CHENG, 2017, p. 64)

Assim como condutas exclusionárias ganham novas abordagens quando se analisam efeitos conglomerados, *tying* e *bundling* têm sido alvo de maior preocupação por parte da doutrina.

Neven (2005, p. 38), ao analisar a jurisprudência da Comissão Europeia relativa a efeitos anticompetitivos em fusões conglomeradas, destaca dois efeitos anticoncorrenciais em um contexto de práticas *tying* e *bundling*: Caso não haja competição efetiva em determinado mercado e condições necessárias para *bundling* puro sejam encontradas, podem ocorrer dois tipos de conduta: (i) potencial aumento de acordos colusivos (quando, na ausência de uma complementaridade estrita, o mercado de bens condicionantes (*tying goods*)¹³ for segmentado e a concorrência no mercado de bens condicionados (*tied goods*) for intensa; e (ii) possibilidade de práticas exclusionárias [quando os bens são complementares estritos, as empresas fusionadas tem um forte incentivo a excluir, intensificado quando a exclusão tem efeitos dinâmicos a longo prazo (efeitos de rede)].

11 Coordenação explícita: cartéis – há a necessidade de trocas de informações entre os membros do grupo. São as trocas de informações que permitem o estabelecimento dos termos do acordo, o monitoramento da conformação do comportamento dos integrantes, as condições para a imposição de sanções, etc. Coordenação tácita: não há a necessidade de trocas de informação. O elemento central que torna possível a coordenação sem troca de comunicação é a interação repetida dos concorrentes no mercado. Não é uma conduta ilícita per se, mas é uma conduta anticompetitiva, que deve ser evitada em âmbito de controle prévio de estruturas. Consultar em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf e <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica> Acesso: 10/11/2020.

12 Hemphill e Wu (2012) analisam seis mecanismos de exclusão paralela. Resumidamente são: (i) exclusão simples – quando as táticas de exclusão não envolvem acordos com outras partes, e os custos de exclusão são relativamente baixos; (ii) recrutamento de agentes – há a necessidade de recorrer a terceiros para efetuar exclusões. É um mecanismo que pode ser oneroso a quem exclui, pois os agentes precisam ser compensados ou ameaçados pela perda de lucro ou pela renúncia de oportunidades; (iii) compra excessiva de um insumo essencial privando o acesso aos potenciais entrantes; (iv) *tying* – o mercado no qual a exclusão tem como alvo é em geral o mercado de bens condicionados (*tied product*), e não no mercado de bens condicionantes (*tying product*); (v) manutenção paralela dos preços de revenda – a exclusão é obtida por meio do fornecimento a múltiplos varejistas no mercado *downstream* uma margem de lucro atrativa e, conseqüentemente, um forte incentivo econômico a atuar no interesse dos produtores do mercado *upstream*, o que inclui a exclusão de potenciais entrantes no mercado *upstream*; e (vi) Cláusula da Nação mais Favorecida – a exclusão é obtida quando dificulta-se a um novo comprador entrante fontes mais baratas de fornecimento. Isso porque a extensão de um preço baixo a um comprador implicaria descontos a todos os compradores *downstream*, o que um vendedor *upstream* não estaria disposto a conceder

13 *Tying good* é o bem que para ser adquirido, condiciona a aquisição de outro bem (*tied good*).

O autor acrescenta que a Comissão Europeia reconhece potenciais danos concorrenciais advindos de fusões conglomeradas (extensão de produto e extensão de mercado), mas ainda não há uma política clara, em especial com relação à aplicação de remédios antitruste. Remédios comportamentais que proíbem *tying/bundling*, ao contrário de controle de preços, tem maior potencial de monitoramento, pois os consumidores podem facilmente perceber e denunciar à Comissão. Isso proporciona um incentivo às empresas em cumprir tais medidas. (NEVEN, 2005, p. 39 e 40)

Há autores, por sua vez, que argumentam que conglomerados digitais amplificam efeitos concorrenciais da prática de *bundling* e consideram que esta prática pode ser um instrumento anti-competitivo.

Pelo lado positivo, *bundling* permite às empresas conglomeradas e aos consumidores beneficiarem-se de economias de escopo pelo lado da oferta e pelo lado da demanda. No entanto, a prática de *bundling* por empresas conglomeradas aumenta os riscos de (i) elevar barreiras à entrada a empresas inovadoras entrantes que visam atuar em nichos de mercado; (ii) aumentar a diferenciação, diminuindo a concorrência, (iii) servir de instrumento a grandes plataformas que se baseiam, pelo lado da oferta, de economias de escopo, e pelo lado da demanda, em efeitos de rede, para eliminar concorrentes que atuam em mercados adjacentes; entre outros. (BOURREAU, 2012, p. 33, 34).

Tirole (2019)¹⁴, na mesma linha, argumenta que práticas de *bundling* pelas gigantes de tecnologia são concorrencialmente preocupantes. Uma empresa startup pode ser uma concorrente eficiente em um nicho de mercado. Porém, é muito difícil entrar em todos os segmentos ao mesmo tempo. Assim a prática de *bundling* pode impedir a entrantes eficientes o acesso a segmentos de mercado e de desafiar tecnologicamente empresas incumbentes. O autor exemplifica essa situação:

New entrants into online markets often begin with a niche product; if it proves successful, they expand to offer a much wider range of products and services. Google began with only its search engine before it became the company we know today; Amazon started by selling books. So what matters is whether new entrants can access the market in the first place. If a newcomer has a single original product that is better than what the incumbent offers, the incumbent might want to block it from gaining even a partial foothold in the market. The incumbent will do so not to improve its short-term profits, but to prevent the newcomer from later competing in areas where the incumbent occupies a monopoly position, or to stop the newcomer from allying with the dominant firm's competitors (TIROLE, 2019)

Da mesma forma Tirole (2019) considera que a prática de venda casada (*tying*) pode impedir o acesso a entrantes em uma gama de setores do mercado digital.

This is why “tie-in sales” are a particularly pernicious anticompetitive practice. By requiring purchasers of one of its products to also buy a suite of other products, a monopoly firm can deny market access to new entrants across a

14 Consultar em: <https://www.livemint.com/Technology/XsgWUgy9tR4uaoME7xtITl/Regulating-the-disrupters-Jean-Tirole.html> Acesso: 11/09/2020.

range of areas. And yet it is impossible to formulate a one-size-fits-all policy for this problem. Whether competition authorities should forbid a dominant company from using tie-in sales or similar gambits (loyalty rebates, for example) will depend on their motive and rationale. (TIROLE, 2019)

Por conseguinte, pode-se afirmar que debates recentes sobre fusões conglomeradas estão intrinsecamente relacionados com preocupações concorrenciais advindas da amplificação de seus efeitos, em decorrência de características intrínsecas da economia digital.

A seguir, o artigo irá dedicar-se teorias do dano no que se refere à tipologia e jurisprudência do Cade, o que inclui resumidamente as análises econômicas de operações conglomeradas.

3. TEORIAS DO DANO

3.1. Tipologia

Há pelo menos quatro teorias do dano relativas a potenciais danos causados por fusões conglomeradas que se destacam na doutrina. Essas teorias remontam às décadas de 60 e 70, no contexto da jurisprudência norte-americana, e algumas delas têm sido aplicadas de forma recorrente nos dias de hoje. Resumidamente, são as seguintes¹⁵:

(a) Teoria da atuação transversal (*Reciprocity dealings*)

A atuação transversal ocorre quando uma empresa emprega seu poder sobre um mercado específico para alavancar sua atuação em outros mercados, em especial quando se tratam de bens complementares ou relacionados. Tal teoria baseia-se no chamado poder de portfólio, ou seja, na possibilidade da adquirente (uma das requerentes) do ato de concentração induzir fornecedores ou clientes a contratarem a outra requerente nos mercados nos quais esta atua, não devido às características intrínsecas do produto e/ou serviço (e.g., preço, qualidade), mas devido ao conjunto de produtos e/ou serviços oferecido.

Segundo esta teoria, há condutas que podem ser incentivadas pela criação de conglomerados, em especial pelo aumento do poder de portfólio. As principais condutas são *tying* e *bundling*. *Tying* corresponde à venda casada, isto é, a subordinação da aquisição de um produto ou serviço, à aquisição de outro produto ou serviço. *Bundling* ocorre quando os produtos são ofertados em conjunto e fazem parte de um item coeso como, por exemplo, a aquisição de microcomputador que inclui monitor, softwares pre-instalados, teclado, entre outros. Há também o *bundling* puro e o misto¹⁶. O primeiro ocorre quando produtos só podem ser comercializados em conjunto, em proporções fixas. O *bundling* misto, por sua vez, permite a oferta dos produtos de forma separada, mas o preço pela solução integrada é significativamente inferior. (Obs: os desdobramentos dessas condutas serão explicitadas na subseção 3.2).

(b) Consolidação do poder econômico (*Entrenchment Doctrine*)

15 Consultar Binotto (2018, p. 52 a 56) e Bundeskartellamt (2006, p. 3-5).

16 OECD (2008), Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, p. 22

A doutrina da “Consolidação do poder econômico” sustenta que danos concorrenciais decorrem do aumento do poder econômico resultante da operação conglomerada, particularmente em termos de poder financeiro e a consolidação pelo uso de marcas comerciais. Primeiramente, haveria a redução da atividade concorrencial de competidores tendo em vista a potencial ameaça da prática de preços predatórios ou outras medidas retaliatórias por parte da empresa dominante. Tais expectativas tem o poder dissuasório da não entrada de outras empresas no mercado, o que representa uma barreira adicional à entrada no mercado.

Há autores como Lim (2017, p. 51) que destacam efeitos *deep pockets* no âmbito desta teoria, ou seja, a capacidade de empresas exercerem práticas de mercado (e.g., preços predatórios por meio de subsídios cruzados) em tal escala que não podem ser acompanhadas por seus concorrentes em virtude do poder econômico.

(c) Redução da concorrência potencial (*Substantial lessening of competition*)

Esta teoria está relacionada à possibilidade de um AC resultar na diminuição da concorrência potencial sob duas variantes: (i) a diminuição da concorrência potencial percebida, e (ii) a diminuição da concorrência potencial real.

A concorrência potencial percebida se traduz quando o adquirente é previamente percebido pelos competidores estabelecidos como um entrante potencial, o que leva os competidores estabelecidos a atuarem de forma mais competitiva, ou seja, se privando de exercerem poder de mercado no intuito de desincentivar a entrada do novo *player*.

A doutrina da entrada potencial real, por sua vez, sustenta que, mesmo que uma fusão não tenha gerado efeitos imediatos na competição do mercado alvo, ela deveria ser impugnada, pois a empresa adquirente poderia e provavelmente teria entrado no mercado alvo de uma forma mais competitiva, seja por meio de investimentos próprios, seja ou pela aquisição de uma empresa menor¹⁷.

(d) Aumento da concentração agregada

Segundo esta teoria, a avaliação de efeitos conglomerados sustenta-se na identificação de efeitos nefastos decorrentes do aumento da concentração agregada de maneira transversal na economia de um país. Sob esse enfoque, não há necessidade de demonstrar possíveis danos à concor-

17 Há 2 importantes precedentes na jurisprudência norte-americana que exemplificam a aplicação da teoria relativa à concorrência potencial. O primeiro — *United States v. Falstaff Brewing - Corp.*(1973) —, a Suprema Corte Americana condenou a operação pela qual a Falstaff, que era a quarta maior cervejaria do país, pretendia adquirir a maior cervejaria de New England (Narragansett Brewing Co.), mercado no qual ainda não atuava. Nesse caso, a Suprema Corte afirmou que a concorrência potencial deveria ser apurada não pela análise da probabilidade ou dos possíveis planos de um agente (adquirente ou adquirido) entrar no mercado, mas sim pela verificação se as empresas atuantes no mercado acreditam/têm a percepção de que tal agente pode entrar no mercado. Assim, os atuais concorrentes poderiam atuar de maneira competitiva, ou se privar de exercer poder de mercado, para evitar que isso sirva de incentivo para a entrada. O outro caso é o *FTC v. Procter and Gamble Co.* (1967), no qual a Suprema Corte declarou ilegal a operação por meio da qual a P&G, que atuava em vários mercados de produtos de limpeza (mas não no de alvejantes), pretendia adquirir a Clorox, marca de alvejantes líder no mercado americano. No caso, em razão do seu tamanho, do seu portfólio e do histórico de comportamento da empresa, a Suprema Corte considerou que a P&G era o entrante mais provável no mercado. A teoria exposta no caso *United States v. Falstaff Brewing Corp.* ficou conhecida como a *perceived potential entrant doctrine* (doutrina da entrada potencial percebida), enquanto aquela utilizada no caso *FTC v. Procter and Gamble Co.* é conhecida como *actual potential entrant doctrine* (doutrina da entrada potencial real). Consultar Parecer SG nº 25/2016 (SEI 0273081), relativo ao AC BVMF/Cetip (vide Anexo).

rência em mercados individualizados. Ao contrário, o aumento da concentração agregada justifica uma intervenção da autoridade antitruste.

CHENG (2017) enfatiza a importância de se avaliar o domínio de conglomerados, em especial nas economias pequenas e emergentes, visto que são menos dinâmicas e mais propensas a conglomerações, dadas as limitações de tamanho do mercado. Resumidamente, o autor aborda questões como regulação direta relativa ao tamanho de conglomerados, aplicação da legislação de defesa da concorrência no que tange a condutas anticoncorrenciais, diferenças entre poder de monopólio e poder econômico conglomerado, a natureza durável de conglomerados em comparação a monopólios, entre outras.

3.2. Jurisprudência

Ao analisar a jurisprudência do Cade quanto aos possíveis danos potenciais decorrentes de operações com efeitos conglomerados, verifica-se que a teoria do dano mais comumente utilizada pela Autarquia é a chamada teoria da atuação transversal (*reciprocity dealings*). Conforme definido anteriormente, a atuação transversal ocorre quando uma empresa emprega seu poder sobre determinado mercado para induzir ou alavancar sua atuação em outros mercados, em especial quando se trata de bens ou serviços complementares ou relacionados.

No contexto da teoria da atuação transversal, há condutas que podem ser incentivadas pela criação de conglomerados, em especial pelo aumento do poder de portfólio. As principais são *tying* e *bundling*.

As práticas de *tying* ou *bundling* não são, por si só, anticompetitivas, conforme destacado por alguns Conselheiros¹⁸ e podem implicar a oferta de produtos, serviços ou soluções integradas em condições mais benéficas aos consumidores, ao considerar a possibilidade de repasse ao consumidor de economias de escopo decorrentes de otimização de custos, por exemplo, com *marketing*, no processo de produção dos bens e/ ou serviços ou com fornecedores.

No entanto, caso não ocorram economias de escopo na fusão, as práticas *tying* ou *bundling* podem ser caracterizadas como práticas exclusionárias ou de fechamento de mercado. Isso porque a redução de preços por meio de venda casada dos bens e/ou serviços não terá sido feita de forma sustentada no longo prazo, o que poderá levar a empresa fusionada a impor preços mais elevados no longo prazo, recuperando, assim, suas perdas no curto prazo.

Acrescente-se que o fechamento não se dá apenas no mercado no qual há posição dominante por parte da empresa fusionada, mas também pode se estender a mercados adjacentes, sobretudo quando se identificam efeitos de rede.

Condutas exclusionárias desse tipo só são possíveis se a empresa puder exercer poder de mercado e se houver elevadas barreiras à entrada. Com isso, o problema principal quanto a efeitos conglomerados é, além da exclusão de competidores atuais (via preço predatório ou venda casada),

18 Vide voto do Conselheiro Relator no caso Bayer/Monsanto. Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49 (Requerentes: Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company). Conselheiro-Relator: Paulo Burnier da Silveira. Decisão: operação aprovada com restrições (remédios estruturais e comportamentais) em 16/02/2018

a eliminação da concorrência potencial por meio de fechamento de mercado para possíveis entrantes.

Além das condutas unilaterais potencializadas pelos efeitos conglomerados, a exclusão de concorrentes e fechamento de mercado podem, também, aumentar a probabilidade do surgimento de condutas tácitas colusivas, ou seja, de efeitos coordenados, tendo em vista a redução do número de agentes atuantes no mercado.

Há vários casos na jurisprudência do Cade que, na análise de poder de portfólio em atos de concentração, argumenta-se a possibilidade de fechamento de mercado decorrente de *tying* e *bundling*. Destacam-se os seguintes atos de concentração: Danaher/General Eletric, Saint Gobain/Rockfibras, Bayer Monsanto, Weg/TGM, Tigre/Condor e Ticket/Itaú¹⁹. Entre essas operações, o potencial exercício de poder coordenado de mercado foi constatado nos casos Ticket/Itaú e Tigre/Condor.

Além dos argumentos baseados na teoria da atuação transversal, outros aspectos relativos aos efeitos conglomerados têm sido abordados pelo Cade. A título de exemplo, nos atos de concentração Bayer/Monsanto, Itaú/XP e Ticket/Itaú foram expedidos votos que ressaltaram, entre outros aspectos, o gigantismo dos grupos econômicos envolvidos, o grau de concentração de setores econômicos e a eliminação de concorrentes atuais e potenciais com características disruptivas, com grande potencial de crescimento.

No tocante ao caso Bayer/Monsanto, o voto vogal do Conselheiro João Paulo de Resende ressalta, como consequência da operação, além do risco de práticas como *tying*, *bundling* e *lock in*, o gigantismo da Bayer no mercado de biotecnologia agrícola, em especial, no mercado de soja. Esses, segundo ele, são os verdadeiros problemas do AC, conforme transcrito abaixo:

Com um virtual monopólio em alguns mercados de sementes transgênicas, como a soja, e com um poder absoluto em mercados críticos de defensivos agrícolas, em especial os voltados para enfrentamento da ferrugem asiática, como bem destacou a patrona das terceiras interessadas, a empresa resultante desta operação ditará a capacidade e eficiência produtiva da soja brasileira. Uma de nossas principais fontes geradoras de divisas estaria nas mãos de uma única empresa, de um único país. Ou seja, as repercussões econômicas vão muito além do que poderia revelar à primeira vista uma análise clássica antitruste. Tem-se implicações, inclusive, de natureza geopolítica. Não por acaso, o mercado brasileiro de soja tem sido motivo de preocupação não só nossa, mas também da autoridade da concorrência da União Europeia, dado o volume do produto exportado para o continente europeu. (AC nº 08700.001097/2017-49, Voto vogal do Conselheiro João Paulo

19 Atos de Concentração nos 08700.004203/2019-16 (Requerentes: Danaher Corporation e General Electric Company), aprovado sem restrições em 04/11/2019; 08700.04162/2018-79 (Requerentes: Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e Rockfibras do Brasil Indústria e Comércio Ltda.), impugnado pela Superintendência-Geral e, em seguida, operação extinta por desistência das partes em 14/05/2019; 08700.001097/2017-49 (Requerentes: Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company), aprovado com restrições em 16/02/2018; 08700.008483/2016-81 (Requerentes: WEG Equipamentos Elétricos S/A e TGM Indústria e Comércio de Turbinas e Transmissões Ltda.), aprovado com restrições em 06/03/2018; 08700.009988/2014-09 (Requerentes: Tigre S/A - Tubos e Conexões e Condor Pincéis Ltda.), reprovado em 09/09/2015; 08700.006345/2018-29 (Requerentes: Itaú Unibanco S/A e Ticket Serviços S/A), aprovado sem restrições em 02/07/2019

de Resende (SEI nº 0440658), parágrafos 3 e 7).

Além disso, com relação ao crescente grau de concentração no setor agrícola, segundo o citado voto (SEI nº 0440658, parágrafo 11), em 2013, havia grande preocupação do setor agrícola brasileiro de que o mercado de sementes transgênicas e de defensivos agrícolas estivesse concentrado em apenas seis empresas, as chamadas *Gene Giants*. A Syngenta foi adquirida pela Chemchina, a Dow e Dupont se fundiram, sendo que o pacote de desinvestimentos foi comprado por outra empresa²⁰, e a Bayer adquire a Monsanto. Logo, há uma redução para três *Gene Mega Giants*. Ou seja, caminha-se para um mundo em que os mercados de produção de alimentos e outros produtos agrícolas estarão nas mãos de uma empresa ou dos EUA, ou da Alemanha ou da China. Por fim, o voto sugere remédios estruturais mais robustos para enfrentar riscos de exercício de poder vertical e de conglomerado.

Um outro tipo de abordagem quanto aos possíveis danos de uma fusão/aquisição conglomeral encontra-se na decisão do Cade referente ao AC Kroton/Estácio²¹ cujo voto-vogal do Conselheiro Gilvandro V. C. de Araújo, pela reprovação do caso, foi acompanhado pela maioria dos conselheiros.

Este caso tratou, além de sobreposições horizontais, no segmento ensino superior presencial e à distância, de extensão de mercado em que as requerentes ofertavam o mesmo produto – ensino superior de graduação e pós-graduação presencial e à distância – mas em mercados geográficos distintos por meio de multiunidades.

De acordo com o voto da Conselheira-Relatora, que determinou a aprovação do caso com restrições unilaterais, não havia problema relativo a preocupações conglomerais como possíveis condutas exclusionárias, colusão tácita ou eliminação de concorrente potencial. Problemas concorrenciais foram detectados na concentração horizontal, tanto nos cursos de graduação/pós-graduação EAD (ensino à distância) quanto na graduação/pós-graduação presencial; e, dentro de uma dinâmica competitiva e no âmbito da concorrência monopolística, no tocante à qualidade e à marca. (Vide AC nº 006185/2016-56, Voto da Conselheira-Relatora Cristiane Alkmin (SEI nº 0360385), parágrafo 486).

No entanto, o voto-vogal do Conselheiro Gilvandro V. C. de Araújo (SEI nº 0357424, parágrafos 32, 33 e 42) ressalta o aspecto conglomeral da operação sob dois aspectos: o porte das Requerentes e a importância da marca.

No que tange à dimensão das Requerentes, o citado voto (SEI nº 0357424, parágrafo 43) pontuou o crescimento por meio de aquisições que ambas as empresas, isoladamente, fizeram nos últimos anos. Contabilizou-se um total de 40 atos de concentração nos quais as Requerentes participaram, notificados e de não notificação obrigatória, no período de 2001 a 2017.

O voto destaca a dimensão da operação:

Está-se a formar um conglomerado de ensino, no qual o primeiro player nacional adquire o segundo para contar com presença em 109 municípios e

20 A empresa norte-americana FMC Corporation adquiriu parte significativa do negócio de proteção de culturas da DuPont; com a venda simultânea da FMC Heath & Nutrition à DuPont. Consultar: <https://www.dupont.com.br/news/dowduponttm-conclui-transacao-da-dupont-com-a-fmc.html> Acesso: 11/11/2020.

21 Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56 (Requerentes: Kroton Educacional S/A e Estácio Participações S/A, reprovado em 12/07/2017).

com 206 campi e centenas de milhares de alunos, com um enorme potencial anual de expansão de matrículas. Só que essa situação já havia acontecido também em Kroton/Anhanguera, em que, à época, o primeiro player também havia adquirido o segundo. (AC nº 006185/2016-56, Voto do Conselheiro Gilvandro V. C. de Araújo (SEI nº 0357424), parágrafo 43).

Com relação à marca, esta representa um elemento constitutivo de barreiras à entrada, de acordo com o referido voto (SEI nº 0357424, parágrafo 29) Além das barreiras legais e regulatórias inerentes ao setor educacional, um dos pontos críticos da operação em relação à entrada diz respeito aos investimentos em publicidade e ao valor agregado às marcas detidas por Kroton e Estácio, o que também pode configurar uma significativa barreira à entrada para novos competidores e também uma dificuldade adicional à concorrência de agentes econômicos já estabelecidos. Em um cenário em que a marca representa uma significativa variável concorrencial, eventual entrante deveria arcar com investimentos adicionais para tornar sua marca aproximadamente tão conhecida quanto as marcas já estabelecidas.

Um outro exemplo que se destaca é o voto do Conselheiro-Relator em relação ao AC Ticket/Itaú. De acordo com citado voto, a operação apresentou: sobreposição horizontal no mercado de emissão de cartões de pagamento pré-pago; relação vertical nos mercados de vale-benefícios (*upstream*) e credenciamento e captura de transações (*downstream*). Verificou-se a possibilidade de acesso a informações sensíveis de concorrentes, de fechamento de mercado e de coordenação tácita com outros conglomerados. (Vide AC nº 08700.006345/2018-29, Voto do Conselheiro-Relator João Paulo de Resende, SEI nº 0632440, Ementa)

Na visão do Conselheiro-Relator (SEI nº 0632440, parágrafos 38, 44), a operação reforça o poder conglomerado/portfólio do grupo adquirente com a entrada no mercado de vale-benefícios. Com relação ao poder conglomerado/portfólio do grupo adquirente, ou seja, Itaú/Unibanco, consta do voto do Conselheiro-Relator que o Itaú-Unibanco atua, direta ou indiretamente, em vários setores da economia brasileira, em geral ligados a/ou derivados do mercado de transações financeiras, como diversos tipos de seguros, emissão de cartões de crédito, programas de fidelização, crédito consignado, planos de previdência privada, entre outros.

Especificamente com relação ao poder de portfólio, verifica-se, segundo o citado voto (SEI nº 0632440, parágrafo 40) que esse poder decorre da própria atividade bancária do Itaú, cuja presença é constatada em vários mercados correlacionados, ainda que não verticalmente e cujos bens ou serviços podem ser transacionados conjuntamente, em pacote (*bundling*). De acordo com o Conselheiro, o setor bancário caracteriza-se por altos custos de transação de mudança de domicílio bancário (efeito *lock-in*) e que acaba sendo usado pelos bancos para associar ao serviço bancário básico de depósitos e saques, produtos e serviços acessórios e adicionais, como emissão de cartões de crédito, seguros, previdência privada, financiamentos os mais diversos, etc. Muitas vezes os bancos conferem descontos nos serviços bancários básicos e mesmo em outros serviços (cartão de crédito), a depender da quantidade de serviços acessórios consumidos pelo cliente (ou seja, um subsídio cruzado que viabiliza o empacotamento).

Além do Conselheiro-Relator utilizar argumentos (SEI nº 0632440, parágrafos 51 e 98) como possibilidade de fechamento de mercado por meio de atuação transversal em outros mercados, ou

seja, efeitos de concentração considerando *bundles* e *spillovers* em mercados adjacentes, enfatizou-se como preocupante, sob o ponto de vista concorrencial, o grau de concentração do setor bancário brasileiro e o tamanho dos principais *players* nesse setor que atuam em vários setores relacionados.

O voto (SEI 0632440, parágrafo 98) conclui que os bancos brasileiros produziram uma estrutura altamente concentrada em seu mercado original, e, não sendo mais admissível qualquer concentração horizontal adicional nesse mercado, vêm avançando sobre mercados correlatos e adjacentes, reproduzindo alhures a estrutura oligopolizada do mercado bancário. O Conselheiro Relator destacou que o Grupo Itaú, entre 2016 e 2019, submeteu à análise do Tribunal, os seguintes atos de concentração sensíveis do ponto de vista concorrencial - Itaú/Mastercard, Itaú/Citigroup, Itaú/XP e Itaú/Ticket, ora em análise²². Os efeitos da operação são menor concorrência e maiores preços para os demais agentes econômicos, sejam consumidores diretos, sejam etapas intermediárias da cadeia produtiva.

Apesar da operação ter sido aprovada sem restrições, visto que o voto do Conselheiro Relator não foi acompanhado pela maioria do Tribunal, é importante destacar esse caso em virtude da existência de uma preocupação crescente por parte de representantes da autoridade antitruste com relação ao grau de concentração setor bancário brasileiro e do tamanho dos principais *players*, o que amplia os argumentos aplicados na análise de teorias do dano.

Um outro caso que merece menção é o citado AC Itaú/XP. Sob o enfoque da teoria do dano “*substantial lessening of competition*”, um dos argumentos utilizados, em voto vogal²³, relativos a efeitos conglomerados foi a eliminação de uma relevante concorrente. A XP foi considerada um agente *maverick*, pois ao utilizar tecnologias disruptivas, ou seja, plataformas de investimento abertas, vinha contribuindo para um processo de desbancarização, com o aumento da contestabilidade do setor bancário. A aquisição da XP por um grande *player* do setor financeiro – Itaú Unibanco S/A - iria não apenas diminuir a concorrência entre os atuais *players*, mas também a possibilidade de entrada no mercado de outras plataformas abertas de investimentos.

Na mesma linha de argumentação, a decisão, de aprovação com restrições, referente ao AC BM&F/Cetip²⁴ apresentou como problema concorrencial a eliminação da concorrência potencial, devido à dificuldade de acesso de terceiros à infraestrutura essencial detida pelas Requerentes, ou seja, os serviços de central depositária.

Nota-se, por conseguinte, que ao longo dos últimos anos tem-se ampliado as teorias do dano aplicadas aos julgamentos do Cade ao considerar aspectos como grau de concentração de setores econômicos - e.g., agrícola, bancário e de ensino superior-, eliminação da concorrência poten-

22 Atos de Concentração nos 08700.009363/2015-10 (Requerentes: Itaú Unibanco S/A e MasterCard Brasil Soluções de Pagamento Ltda., aprovado com restrições em 17/05/2016; 08700.001642/2017-05 (Requerentes: Itaú Unibanco S/A e Banco Citibank S/A), aprovado com restrições em 22/08/2017; 08700.004431/2017-16 (Requerentes: Itaú Unibanco S/A e XP Investimentos S/A), aprovado com restrições em 20/03/2018; 08700.006345/2018-29 (Requerentes: Itaú Unibanco S/A e Ticket Serviços S/A), aprovado sem restrições em 2/07/2019.

23 Voto vogal da Conselheira Cristiane Alkmin, que se posicionou pela reprovação do ato de concentração. Vide AC nº 08700.004431/2017-16, Voto-vogal (SEI nº 0455496), parágrafos 67, 70 e 71. O AC foi aprovado com restrições nos termos do voto do Conselheiro-Relator em 20/03/2018 (SEI nº 0455795).

24 Vide AC nº 08700.004860/2016-11, Voto vogal vencedor do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira (SEI nº 0316888), parágrafos 2, 3 e 4.

cial, consolidação do poder econômico via marca comercial no segmento de ensino superior, entre outros.

Por fim, um setor econômico que também merece menção é o de saúde. Especificamente, o mercado de saúde suplementar cuja cadeia produtiva é composta por 3 segmentos: planos de saúde, serviços hospitalares e serviços de medicina diagnóstica.

Nota-se, ao longo dos anos, mudanças estruturais no mercado de saúde suplementar: aumento da concentração²⁵, mudanças em participações societárias²⁶, intenso processo de integração vertical envolvendo operadoras de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica, e ampliação na atuação em outros mercados relacionados como administração de benefícios, distribuição de medicamentos médico-hospitalares, distribuição de materiais de uso médico-hospitalar, radiofármacos, corretagem de seguros, desenvolvimento de softwares de gestão de saúde e outros serviços de TI direcionados à área da saúde, entre outros.

Constata-se que são poucos os casos que o Cade analisou efeitos conglomerados no mercado de saúde suplementar. Porém, vale mencionar o AC Rede D'Or/Perinatal²⁷, que embora não tenha apresentado uma teoria do dano, pois foi aprovado sem restrições, pode indicar um caminho para análises futuras de efeitos conglomerados dadas as mudanças neste setor.

O AC Rede D'Or/Perinatal tratou da aquisição pela Rede D'Or de maternidades da Perinatal localizadas no município do Rio de Janeiro, especificamente na Barra da Tijuca e Laranjeiras. O parecer da SG (SEI 0688048, parágrafos 134 a 177) analisou o poder de portfólio sob alguns aspectos como: (i) a existência ou não de opções de maternidades nas regiões de atuação da Perinatal; (ii)

25 Desde 2003 até 2020, o Cade julgou 233 atos de concentração relativos a empresas dos mercados de planos de saúde, hospitais e serviços de medicina diagnóstica. Houve o crescimento e a consolidação de alguns grupos econômicos que se tornaram líderes dos seus mercados, adotando como uma de suas principais estratégias de expansão, operações de fusão e aquisição de empresas. Rede D'Or, Amil, Dasa, Notre Dame Intermédica, Fleury, Unimed e Qualicorp, nessa ordem, são as empresas mais ativas nessas operações, concentrando 72,43% dos casos. Acrescente-se que entre 2018 a 2020, o Grupo Rede D'Or foi o que mais se destacou em termos de fusões/aquisições: foram 19 atos de concentrações nesse período, seguido do grupo Notre Dame Intermédica com 11 atos de concentração e Dasa, com 6. Fonte: "Cadernos do Cade: Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica" e Sistema SEI/Cade Acesso: 06/09/2021.

26 A título de exemplo, vale mencionar a ligação entre dois importantes grupos - Rede D'Or e Qualicorp, um dos líderes no mercado de administração de benefícios. Por meio do AC nº 08700.004185/2019-64 (Requerentes: Rede D'Or São Luiz S/A, José Seripieri Filho), aprovado sem restrições em 17/10/2019, a Rede D'Or adquiriu participação minoritária de 10% do capital social e votante da Qualicorp. Posteriormente, o AC 08700.004830/2020-82 (Requerentes: Rede D'Or São Luiz S/A e Qualicorp Consultoria e Corretora de Seguros S/A), aprovado sem restrições em 04/11/2020, tratou de eventual aumento de participação da Rede D'Or na Qualicorp por meio da possível aquisição de ações em bolsa de valores. Argumentou-se, na análise de ambos atos de concentração, que a referida participação não implicaria acesso da Rede D'Or a informações concorrencialmente sensíveis a respeito das negociações de seus concorrentes no setor de cuidados à saúde com operadoras de planos de saúde. Atualmente os principais acionistas da Qualicorp são: Rede Rede D'Or São Luiz S/A (25,51%), Pátria Investimentos (15,06%), e Opportunity (7,44%). Consultar em: Qualicorp | Relações com Investidores Acesso: 07/09/2021. Outra participação societária que merece menção é a participação do Grupo Bradesco no Laboratório Fleury cujo maior acionista é a Bradseg Participações S/A (controlada pelo Banco Bradesco) Fonte: <http://bvmf.bmfbovespa.com.br/cias-listadas/empresas-listadas/ResumoEmpresaPrincipal.aspx?codigoCvm=21881&idioma=pt-br>. Acesso em 07/09/2021. Ademais, o Grupo Bradesco detém a Bradesco Saúde S/A, a maior operadora de planos de saúde em dezembro de 2020, com 3.296.785 beneficiários e a Odontoprev, líder no mercado de planos de saúde exclusivamente odontológicos, com 6.565.609 beneficiários em dezembro de 2020. Fonte: Sistema Tabet/ANS. Acesso: 05/04/2021.

27 AC nº 08700.003245/2019-21 (Requerentes: Rede D'Or São Luiz S/A e Casa de Saúde Laranjeiras Ltda., Unidade Neonatal da Lagoa Ltda. e Cia de Serviços Especiais e Unificados Ltda.), aprovado sem restrições em 17/12/2019.

se realmente existe relação de dependência das operadoras de planos de saúde (OPS) em relação à Perinatal; (iii) se a operação efetivamente gera incremento relevante de poder de barganha para a Rede D'Or em negociações com as OPS; e (iv) se a operação aumenta a probabilidade de adoção de comportamentos abusivos da Rede D'Or nessas negociações. Resumidamente, concluiu-se, após instrução realizada junto a operadoras de planos de saúde, que o poder de barganha da Rede D'Or junto a OPS é limitado dada a sua estrutura não verticalizada e a extrema relevância das OPS no total de sua receita.

Um outro caso relacionado ao segmento de saúde, mas não propriamente de saúde suplementar, é o AC Dabi/Gnatus²⁸ relativo a equipamentos odontológicos. Neste caso, aprovado com restrições, o parecer da SG (SEI 0093318, parágrafos 249, 296) ressaltou a possibilidade de abuso de poder de mercado advindo do grande poder de portfólio das Requerentes, o que aumenta a dificuldade de contestação de rivais, em especial, pequenos fabricantes e novos entrantes. O parecer especificou a possibilidade de aumento de preços, por exemplo, de bombas a vácuo e/ou raio X intraoral em função da facilidade, por parte dos consumidores, de continuar adquirindo todos os produtos de uma mesma marca e, muitas vezes, em um mesmo ponto de venda.

3.3. Análises econômicas

As operações conglomeradas analisadas pelo Cade têm sido, em alguns casos, declaradas complexas, por meio de despachos expedidos pela SG. Com o respaldo de notas técnicas feitas pela SG, a declaração de complexidade tem exigido diligências complementares como, por exemplo: apresentação, por parte das Requerentes, de eficiências econômicas geradas pelo ato de concentração; aprofundamento da análise de entrada, rivalidade e exercício de poder coordenado; elaboração, por parte do DEE, de estudos quantitativos a respeito de impactos concorrenciais decorrentes da operação; análises de pareceres econômicos apresentados pelas Requerentes, entre outras.

Vale mencionar, resumidamente, as notas técnicas elaboradas pelo DEE no período em questão e que, em geral, tratou de atos de concentração declarados complexos pela SG. As notas técnicas do DEE têm utilizado tanto análises quantitativas quanto qualitativas, conforme se verifica na tabela a seguir.

28 AC nº 08700.001437/2015-70 (Requerentes: Dabi Atlante S/A Indústrias Médico-Odontológica e Gnatus Equipamentos Médico-Odontológicos Ltda.), aprovado com restrições em 02/12/2015.

Tabela I - Análises econômicas em operações conglome

Ato de concentração	Objetivo da análise econômica	Metodologia	Conclusão DEE
<p>08700.004162/2018-79 (Requerentes: Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e Rockfibras do Brasil Indústria e Comércio Ltda)</p> <p>NT DEE nº 5/2019 (SEI 0602455)</p>	<p>Analisar aspectos sobre mercado relevante, rivalidade e poder de barganha.</p>	<p>Elaboração de cenários, do ponto de vista concorrencial, por meio de tratamento dos dados (software R – pacote ggplot2)</p>	<p>Não houve elementos para justificar alterações na delimitação de mercado relevante proposta pela SG. Não foram encontradas evidências da existência alegada pelas requerentes de rivalidade e poder de barganha, que pudessem</p>
			<p>mitigar os riscos concorrenciais identificados durante a instrução do processo. Tampouco houve elementos concretos apresentados que justificassem a aceitação das alegações de eficiência. Vide NT DEE nº 5/2019 (SEI 0602455), § 4º e 5º da Conclusão.</p>
<p>08700.006345/2018-29 (Requerentes: Itaú Unibanco S/A e Ticket Serviços S/A)</p> <p>NT DEE nº 20/2019 (SEI 0622418)</p>	<p>Quantificar os incentivos para o fechamento de mercado decorrente de integrações verticais entre mercados de vale-benefícios (upstream) e credenciamento e captura de transações (downstream). Além disso, buscou-se avaliar a possibilidade de aumento do exercício de poder coordenado no mercado de cartões de pagamento</p>	<p>(i) Análise de breakeven em recusa de negociação com transbordamento, e (ii) modelo de aritmética vertical, método utilizado para quantificar os incentivos a fechamento de mercado pós-operação.</p>	<p>Encontrados indícios quantitativos e qualitativos da existência de incentivos para o fechamento de mercado e possibilidade de aumento do exercício de poder coordenado nos mercados alvo da operação. Sugerida a avaliação de remédios comportamentais para mitigar os potenciais efeitos lesivos à concorrência. Vide NT DEE nº 20/2019 (SEI 0622418), Ementa.</p>

Ato de concentração	Objetivo da análise econômica	Metodologia	Conclusão DEE
<p>08700.004446/2017-84 Essilor International (Compagnie Générale d'Optique) S/A (Essilor) e Luxottica Group S.p.A. (Luxottica)</p> <p>Obs: não há NT</p> <p>DEE - houve uma contribuição do DEE, por meio da análise de dados do setor, ao Parecer SG (SEI 0445156), § 194 a 208.</p>	<p>Analisar se há evidências de adoção de alguma política de diferenciação de preços, por parte da Essilor, aos clientes que adquirem suas máquinas</p>	<p>Análise de dados disponibilizados pelas Requerentes (ex: dados de vendas, preço médio, perfil de cliente, descontos, entre outros).</p>	<p>Não foram encontradas evidências que a adquirente esteja adotando práticas discriminatórias de preços. Tais conclusões se baseiam em uma análise preliminar e limitada realizada pela SG ao longo da instrução do presente ato de concentração com o objetivo de avaliar se práticas pré-existentes poderiam ser estendidas para outros mercados após a operação, devendo a avaliação pertinente às condutas pré-existentes e seus possíveis efeitos anticompetitivos ser realizada em procedimento específico por meio do controle de condutas. Vide Parecer SG (SEI 0445156), § 208</p>
<p>08700.001097/2017-49 (Requerentes: Bayer Aktiengesellschaft (Bayer) e Monsanto Company (Monsanto))</p> <p>NT DEE nº 33/2017 (SEI 0393512)</p>	<p>Avaliar eventual redução de incentivos à inovação</p>	<p>A análise baseou-se nos principais achados empíricos da literatura sobre os determinantes da inovação e análise da decisão da Comissão Europeia no caso Dow-DuPont, em que houve preocupações relativas à questão da inovação.</p>	<p>Em meio à ausência de subsídios teóricos ou empíricos suficientes, não é possível descartar eventuais impactos nocivos da operação com relação à inovação do mercado e/ou das Requerentes. Vide NT DEE nº 33/2017 (SEI 0393512), Ementa.</p>

Ato de concentração	Objetivo da análise econômica	Metodologia	Conclusão DEE
<p>08700.006185/2016-56 (Requerentes: Kroton Educacional S/A e Estácio Participações S/A)</p> <p>NT DEE nº 7/2017 (SEI 0298652)</p>	<p>Avaliar a importância da marca e dos investimentos em marketing/publicidade no mercado de ensino à distância (EAD) e examinar a existência de relações entre os mercados presencial e a distância de ensino superior</p>	<p>Análise econométrica Diff-in-Diff; análise de preços hedônicos</p>	<p>a) A importância da marca e a necessidade de investimentos em marketing/publicidade constituem importantes barreiras à entrada ao mercado em questão; b) a atuação no ensino presencial facilita a atração de alunos no ensino à distância, revelando a forte relação entre as duas modalidades; e c) que a operação tiraria do mercado um player importante com marca consolidada e capacidade de investimento em propaganda e marketing, que tem contribuído para aumento da rivalidade entre as empresas, ao adotar estratégia de preços baixos. Vide NT DEE nº 7/2017 (SEI 0298652), § 9º.</p>
<p>08700.004860/2016-11 (Requerentes: BM&FBovespa S/A – Bolsa de Valores, Mercados e Futuros (BVMF), Cetip S/A – Mercados Organizados (Cetip))</p> <p>NT DEE nº 38/2016 (SEI 0271907)</p>	<p>Analisar as eficiências da operação</p>	<p>A análise qualitativa do estudo de eficiência apresentado pelas Requerentes baseou-se em: doutrina econômica, jurisprudência do Cade e de outras jurisdições, Guia H do Cade, outros estudos que contrapõem a visão das Requerente.</p>	<p>Não aceitação das alegadas eficiências - as eficiências de custos fixos estimadas possuem vários problemas conceituais. As eficiências foram expostas de forma ampla e genérica. Vide NT DEE nº 38/2016 (SEI 0271907), Ementa.</p>

Ato de concentração	Objetivo da análise econômica	Metodologia	Conclusão DEE
<p>08700.003462/2016-79 (Requerentes: Reckitt Benckiser (Brasil) Ltda. e Hypermarcas S/A)</p> <p>NT DEE nº 30/2016 (SEI 0226953)</p>	<p>Avaliar possíveis aumentos de preços decorrentes da operação.</p>	<p>Metodologia de screening UPP e GUPPI; simulação de fusão por meio do modelo PC AIDS.</p>	<p>No que tange ao mercado de lubrificantes íntimos constatou-se uma pressão de aumento de preços, a partir da metodologia de screening UPP e GUPPI, e aumentos consideráveis de preços na simulação de fusão usando o modelo PC AIDS. Sugere-se que existem efeitos anticompetitivos no mercado de lubrificantes íntimos pós-operação. Já para o mercado de preservativos masculinos não se detectou pressão significativa nos preços a partir dos indicadores UPP e GUPPI, e, analogamente, não houve grandes variações dos mesmos na análise de simulação de fusão, PC AIDS. Concluiu-se que a operação não apresenta grande risco à competitividade no mercado de preservativos masculinos. Vide NT DEE nº 30/2016 (SEI 0226953), Ementa.</p>
<p>08700.001437/2015-70 Requerentes: Dabi Atlante S/A Indústrias Médico-Odontológica e Gnatus Equipamentos Médico-Odontológicos Ltda.</p> <p>NT DEE nº 31/2015 (SEI 009132)</p>	<p>Apresentar testes que caracterizam o mercado em que as requerentes operam e tentar definir a relação de substitutibilidade com empresas concorrentes</p>	<p>Teste sobre a distribuição de preços (teste Kolmogorov-Smirnov), modelos de simulações – AIDS (Almost Ideal Demand System).</p>	<p>Há diferenciação nos mercados estudados por meio das distribuições de preço e apresentou-se um modelo de simulação de fácil implementação em virtude do número de produtos. Verificaram-se</p>
			<p>eficiências altas e significativos aumentos de preço nos mercados de: raio-X intraoral; profilaxia; bomba a vácuo e consultórios, exceto na versão com Nests. Vide NT DEE nº 31/2015 (SEI 0091323), Considerações finais: §§ 1º e 2º</p>

Ato de concentração	Objetivo da análise econômica	Metodologia	Conclusão DEE
<p>08700.009988/2014-09 (Requerentes: Tigre S/A - Tubos e Conexões (Tigre) e Condor Pincéis Ltda.)</p> <p>Obs: o DEE expediu 2 notas técnicas: NT DEE nº 19/2015 (SEI 0056002); NT DEE nº 35/2015 (SEI 0094537)</p>	<p>- Avaliar possíveis aumentos de preços decorrentes da operação (NT DEE nº19/2015)</p> <p>- Analisar o estudo de eficiências apresentado pelas Requerentes. (NT DEE nº 35/2015)</p>	<p>Simulação PCAIDS (NT DEE nº 19/2015 e NT DEE nº 35/2015)</p>	<p>Há possibilidade de se verificar elevações de preços nos mercados analisados, caso não existam eficiências associadas à presente operação. Estas conclusões poderão ser melhor desenvolvidas, caso as partes apresentem estudos de eficiências ao SBDC e apresentem dados com maiores detalhes. Vide NT DEE nº 19/2015 (SEI 0056002), item 3. Conclusão, §1º .</p> <p>A simulação demonstra que haverá aumento de preços no momento pós operação, mesmo assumindo níveis de eficiência alegados pelas Requerentes. Vide NT DEE nº 35/2015 (SEI 0094537), item 2.3 Eficiências, subitem Simulação.</p>
<p>08700.005447/2013-12 Requerentes: Kroton Educacional S/A e Anhanguera Educacional Participações S/A</p> <p>NT DEE nº 6/2014 (SEI</p>	<p>Analisar (i) modelo de precificação EAD da Kroton e da Anhanguera; (ii) importância da marca nesse segmento; e (iii) a diminuição da concorrência potencial entre as Requerentes; e (iv) possíveis eficiências relativas ao AC.</p>	<p>Análise qualitativa baseada em: doutrina econômica, jurisprudência do Cade, jurisprudência em outras jurisdições, dados disponibilizados pelas Requerentes, dados do setor, entre outros.</p>	<p>A operação resultaria, certamente, em uma empresa líder de mercado, com marcas amplamente reconhecidas e com poder de investimento em propaganda e marketing superior ao dos demais concorrentes, o que aumenta barreiras à entrada. Com relação às eficiências, verificou que inexistia um nexo claro de causalidade entre os benefícios alegados pelas requerentes e o ato de concentração. Vide NT DEE nº 6/2014 (SEI 0018929), volume 16, §§.96, 97 e 161.</p>

Fonte: elaboração própria

4. EFEITOS CONGLOMERADOS NA ERA DIGITAL

Em setembro de 2019 o Cade lançou *BRICS in the Digital Economy – Competition Policy in Practice*, o primeiro relatório das autoridades de defesa dos países do BRICS - no âmbito do Grupo de Trabalho *Research on the Competition Issues in the Digital Markets* (pesquisa em assuntos da concorrência em mercados digitais). O Grupo de Trabalho foi criado durante a 5ª Conferência sobre Concorrência do BRICS em Brasília, em 2017, sob a coordenação do Cade.

Adotou-se, neste documento, uma ampla definição de Economia Digital, ou seja, negócios que fornecem produtos e/ou serviços que utilizam tecnologias de informação e comunicação, especialmente a Internet, com amplo uso de dados.

O Relatório teve por objetivo dar uma visão geral das inovações da política e práticas de defesa da concorrência nesses países em relação aos mercados digitais sob os seguintes aspectos: avaliação do poder de mercado, inovação e concorrência dinâmica, aquisição de empresas entrantes por incumbentes, barreiras à entrada, precificação algorítmica e *big data*.

Além disso, o documento apresenta uma lista de casos selecionados que exemplificam as experiências recentes das autoridades de defesa da concorrência que envolvem a economia digital.

Os casos de fusões/aquisições mais relevantes elencados pelo Cade referentes à economia digital foram: Banco Bradesco S/A., Banco do Brasil S/A., Banco Santander (Brasil) S/A., Caixa Econômica Federal e Itaú Unibanco S/A (criação de um bureau de crédito); Bayer/Monsanto; Itaú/XP Investimentos; Warner/AT&T; Rocket/Naspers e Disney/Fox . Entre os casos elencados, verificou-se que o Cade analisou efeitos conglomerados nos seguintes atos de concentração: Bayer/Monsanto, Itaú/XP e Disney/Fox²⁹.

De acordo com o citado Relatório, o Cade considera que, um dos principais desafios na aplicação da defesa da concorrência nos mercados digitais é determinar como intervir em mercados altamente dinâmicos. Em tais mercados, se por um lado, uma intervenção pode ser necessária para proteger a concorrência e os consumidores, por outro, pode-se prejudicar a inovação ou ter efeitos exclusionários não intencionais.

Especificamente no mercado de alta tecnologia, a formação de conglomerados está relacionada, a princípio, com a dinâmica de competição e inovação desses mercados, que ao utilizar plataformas de múltiplos lados potencializam efeitos de rede (externalidades de rede) e controle de dados, o que podem levar a abusos de poder dominante.

Nesse contexto, o Cade considera uma tarefa particularmente desafiadora estimar os efeitos a longo prazo da intervenção da política de concorrência e adaptar medidas adequadas às especificidades da economia digital, em particular nos mercados de alta tecnologia, nos quais a inovação é notavelmente mais dinâmica.

Por fim, quanto ao arcabouço jurídico, nenhuma alteração formal específica na legislação está sob análise para abordar especificamente a economia digital. O mesmo se aplica às mudanças nos limites de notificação, uma vez que o direito da concorrência brasileiro fornece ao Tribunal Ad-

29 ACs nos 08700.002792/2016-47 (Requerentes: Banco Bradesco S/A., Banco do Brasil S/A., Banco Santander (Brasil) S/A., Caixa Econômica Federal e Itaú Unibanco S/A); 08700.001097/2017-49 (Requerentes: Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company); 08700.004431/2017-16 (Requerentes: Itaú Unibanco S/A e XP Investimentos S/A); 08700.001390/2017-14 (Requerentes: AT&T Inc. e Time Warner Inc.); 08700.007262/2017-76 (Rocket Internet SE e Naspers Ventures B.V.); 08700.004494/2018-53 (Requerentes: Twenty-first Century Fox, Inc. e The Walt Disney Company (Brasil) Ltda.).

ministrativo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a possibilidade de analisar qualquer fusão e aquisição mediante solicitação, no prazo de um ano após a assinatura do contrato, independentemente das vendas brutas anuais das partes ou faturamento total.

5. CONCLUSÃO

Atualmente pode-se afirmar que, diante das análises de controle de concentrações do Cade em relação a efeitos conglomerados, notam-se avanços nos seguintes aspectos: (i) ampliação da análise, para além do chamado efeito portfólio, com a incorporação de outras teorias do dano; e (ii) a utilização crescente de análises econômicas por meio de estudos quantitativos e qualitativos.

No que tange às teorias do dano utilizadas na análise de efeitos conglomerados, apesar da preponderância da teoria da atuação transversal como contraposição ao aumento do poder de portfólio, nota-se que o Cade tem ampliado argumentos que vão ao encontro de outras teorias do dano como redução da concorrência (*substantial lessening of competition*) e fortalecimento do poder econômico (*Entrenchment Doctrine*).

Essa ampliação do uso de diferentes teorias do dano tem levado a preocupações crescentes por parte dos Conselheiros do Cade com determinados setores econômicos, especialmente os setores bancário, agrícola e educacional, conforme os votos relativos a atos de concentração mencionados anteriormente (vide Seção 3.2).

Vale mencionar também o mercado de saúde, especificamente o de saúde suplementar que, embora não haja muitos casos de análises de efeitos conglomerados, há um caminho promissor para esse tipo de análise dadas as mudanças estruturais ocorridas neste segmento nos últimos anos, em especial um processo de ampliação de portfólio, conforme explicitado anteriormente.

Acrescente-se que um dos instrumentos que o Cade tem utilizado de forma crescente em atos de concentração é análise econômica que, a partir de estudos quantitativos e qualitativos, aborda questões relativas à eficiência, rivalidade no mercado, poder de barganha, entre outros. Alguns desses casos, como visto anteriormente, envolvem análises de efeitos conglomerados, cujos estudos tem contribuído para embasar decisões do Tribunal do Cade.

Por fim, apesar de não ter sido o foco do presente artigo, vale mencionar que o Cade tem agido mais em condutas anticompetitivas do que propriamente em controle de estruturas, quando se trata do mercado de alta tecnologia. Essas empresas, em geral, operam como multiplataformas e possuem, entre outras características, fortes efeitos de rede (externalidades de rede) com baixo custo unitário, domínio dos dados dos agentes econômicos e uma dinâmica específica de precificação fixada no preço monetário zero de um lado do mercado, o que desafia uma análise econômica convencional com base nos preços.

A título de exemplo, vale mencionar os processos investigativos instaurados pela Autarquia cujas representadas foram Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda., denunciadas por abuso de po-

sição dominante³⁰.

Nesse contexto, não se pode descartar a possibilidade de que esses casos de condutas unilaterais na economia digital sejam um importante indicativo para questionamentos futuros quanto à eficácia de instrumentos de uma análise antitruste tradicional de atos de concentração que se baseia, preponderantemente, em sobreposições horizontais e integrações verticais.

Por consequência, análises de efeitos conglomerados tornam-se cada vez mais relevantes, não apenas devido ao ressurgimento de *players* gigantes, com potencial crescente poder de mercado e atuação transversal em vários setores da economia, como, também, devido a aquisições de empresas *mavericks*, por incumbentes, que comprometem, em determinados casos, a contestabilidade do mercado. Com isso, a aplicação de novas teorias do dano e realização de estudos econômicos tem sido um caminho promissor para a atuação do Cade.

6. REFERENCIAS

BINOTTO, Anna. Efeitos conglomerados em concentrações econômicas: caracterização e desdobramento. In: JESUS, Agnes M. *et al.* (org.). **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Editora Singular, 2018. Disponível em: <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2018/10/Mulheres-no-Antitruste-Volume-I-V-Final.pdf> Acesso em: 12 abr 2020.

BOURREAU, Marc; de STREEL, Alexandre. **Digital Conglomerates and EU Competition Policy**. Université de Namur, Telecom ParisTech, março 2019. Disponível em: <http://www.crid.be/pdf/public/8377.pdf> Acesso em: 24 nov 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm Acesso em: 24 nov 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49** (Requerentes: Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/processos-1> Acesso em: 12 abr 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.005447/2013-12** (Requerentes: Kroton Educacional S/A e Anhanguera Educacional Participações S/A). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/processos-1> Acesso em: 12 abr 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.006345/2018-29** (Requerentes: Itaú Unibanco S/A e Ticket Serviços S/A). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/processos-1> Acesso em: 12 abr 2020.

30 Recentemente o Cade analisou os seguintes casos de conduta: Processo Administrativo 08700.005694/2013-19 (Representante: Cade *ex officio*, Representadas: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. - sobre alegada conduta unilateral/abuso de posição dominante por cópia de conteúdo/scraping; Processo Administrativo 08700.009082/2013-03 (Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda., Representadas: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. - sobre alegada conduta unilateral/abuso de posição dominante por imposição de cláusulas abusivas que impedem o uso de plataformas rivais); e Processo Administrativo 08012.010483/2011-94 (Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Representadas: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. - sobre alegada conduta unilateral/abuso de posição dominante por favorecimento ao Google Shopping).

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração no 08700.004203/2019-16** (Requerentes: Danaher Corporation e General Electric Company). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/processos-1> Acesso em: 12 abr 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.04162/2018-79** (Requerentes: Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e Rockfibras do Brasil Indústria e Comércio Ltda.) Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/processos-1> Acesso em: 12 abr 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.008483/2016-81** (Requerentes: WEG Equipamentos Elétricos S/A e TGM Indústria e Comércio de Turbinas e Transmissões Ltda.). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/processos-1> Acesso em: 12 abr 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.009988/2014-09** (Requerentes: Tigre S/A - Tubos e Conexões e Condor Pincéis Ltda.). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/processos-1> Acesso em: 12 abr 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração 08700.004431/2017-16** (Requerentes: Itaú Unibanco S/A e XP Investimentos S/A). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/processos-1> Acesso em: 12 abr 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56** (Requerentes: Kroton Educacional S/A e Estácio Participações S/A) Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/processos-1> Acesso em: 12 abr 2020.

BUNDESKARTELLAMT. **Conglomerate Mergers in Merger Control**: Review and Prospects. Discussion paper, 21 set 2006. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Conglomerate%20Mergers.pdf?__blob=publicationFile&v=3 Acesso em: 24 nov 2020.

CHENG, Thomas K. Sherman vs. Goliath?: Tackling the Conglomerate Dominance Problem in Emerging and Small Economies – Hong Kong as a Case Study. **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 37, n. 1, p. 35-105, 2017. Disponível em: <https://asean-competition.org/research/research/sherman-vs-goliath-tackling-the-conglomerate-dominance-problem-in-emerging-and-small-economies-hong-kong-as-a-case-study> Acesso em: 24 nov 2020.

GARCIA, C. P & AZEVEDO, P. F. Should competition authorities care about conglomerate mergers? **World Economics Association Conferences**, 2017. Disponível em: <http://lawandeconomics2017.wea-conferences.net/files/2017/05/WEA-LawAndEconomicsConference2017-PolicarpoFurquim.pdf> Acesso em: 08 abr 2020.

GOLDBERG, L. The Effect of Conglomerate Mergers on Competition. **The Journal of Law & Economics**, v. 16/1, p. 137-158, 1973. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724829?seq=1> Acesso em: 24 nov 2020.

HEMPHILL, Scott C.; WU, Tim. Parallel Exclusion. **The Yale Law Journal**, v. 122, p. 1182-1253, 2012. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/157779413.pdf> Acesso em: 24 nov 2020.

HOVENKAMP, H. **Federal Antitrust Policy**: the law of competition and its practice. 4. Ed. St. Paul, Hornbook series, 2011.

KHAN, Lina M. Amazon's Atitrust Paradox, **The Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, p. 710-805, 2017. Disponível

em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5785&context=yjl> Acesso em: 24 nov 2020.

LIM, Yong. Tech Wars: Return of the Conglomerate - Throwback or Dawn of a New Series for Competition in the Digital Era? **Journal of Korean Law**, v. 19, p. 47-62, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3051560 Acesso em: 10 set 2021.

NEVEN, D. **The analysis of conglomerate effects in EU merger control**. Graduate Institute of International Studies, Geneva and CEPR, 2005. Disponível em: <https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/conglomerate.pdf> Acesso em: 12 abr 2020.

OECD, **Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings**. 2008 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52008XC1018%2803%29> Acesso em: 1º dez 2020.

OECD, **Triple and Quadruple Play Bundles of Communication Services**. 2015 Disponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/triple-and-quadruple-play-bundles-of-communication-services_5js04dp2q-1jc.pdf] Acesso em: 24 nov 2020.

OECD, **Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers**. 2020 Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)2/en/pdf) Acesso em: 24 nov 2020

TIROLE, Jean. **Regulating the disrupters**. ING Think, 4 jan 2019. Disponível em: <https://think.ing.com/downloads/pdf/opinion/jean-tirole-regulating-the-disrupters> Acesso em: 11 set 2020.

7. ANEXOS

Tabela 1 – Operações conglomeradas a partir da Lei 12.529/2011³¹

Número	Requerentes	Data de Julgamento	Decisão
08700.000741/2020-67	Fras-Le S/A e Nakata Automotiva S/A	17/06/2020	Aprovação sem restrições

31 A seleção dos atos de concentração que compõe a presente tabela baseou-se em pesquisa de jurisprudência no Sistema SEI e pesquisa na doutrina econômica. Trata-se de uma lista não exaustiva, visto que não há uma definição padrão para efeitos conglomerados. Com relação à pesquisa no Sistema SEI, foram elencados os atos de concentração de acesso público nos quais foram identificadas análises do Cade que tratam de efeitos conglomerados (ou efeito/poder de portfólio) em votos de Conselheiros e/ou pareceres da SG, o que inclui os documentos anexos, ou seja, anexo ao voto e/ou anexo ao parecer SG. Para isso, foi utilizada a ferramenta “pesquisa” seguindo os seguintes passos: 1º) selecionou-se “texto para pesquisa” com as seguintes palavras-chave: “efeitos conglomerados” “efeito conglomerado”, “conglomeradas”, “conglomerado”, “efeito portfólio”, “poder de portfólio”, “reforço no portfólio” e “reforço de portfólio” (obs: cada palavra-chave foi selecionada por vez), 2º) selecionou-se “tipo de documento”: “Voto”, “Voto Ato de Concentração” “Parecer” e “Anexo”, 3º) selecionou-se “Data do documento”, “período explícito” por ano, ou seja, 1º/06/2012 a 31/12/2012 (início da vigência da Lei 12.529/2011), 1º/01/2013 a 31/12/2013, e assim por diante até 1º/01/2020 a 31/12/2020. Vale mencionar que há casos em que foram encontrados ACs de acordo com os padrões da pesquisa descrita acima, mas que não foram incluídos na tabela visto que não há uma análise de efeito portfólio/conglomerado decorrente da operação, e.g., AC nº 08700.004270/2020-66, AC nº 08700.004888/2018-10, 08700.004830/2020-82, 08700.002327/2018-78 e 08700.001390/2017-14. Por fim, há ACs em que não há uma análise do Cade sobre efeitos conglomerados. No entanto foram incluídos na tabela devido ao respaldo da doutrina econômica. Especificamente, trata-se do artigo *Should competition authorities care about conglomerate mergers?*, de Carolina Policarpo Garcia e Paulo Furquim de Azevedo, que analisa fusões conglomeradas no setor de ensino superior no Brasil. Os atos de concentração incluídos, baseados neste texto, foram: 08700.005447/2013-12 e 08700.009198/2013-34.

08700.001908/2019-73	International Business Machines Corporation – IBM; Red Hat, Inc.	21/11/2019	Aprovação sem restrições
08700.002074/2019-13	Ambev S/A e Red Bull do Brasil Ltda.	17/09/2019	Aprovação sem restrições
08700.002403/2019-26	Cameron International Corporation (Grupo Schlumberger) e Subsea 7 Holdings (US) Inc. (Grupo Subsea 7)	28/05/2019	Aprovação sem restrições
08700.002780/2019-65	QIAGEN GMBH e General Electric Company (GE)	1º/07/2019	Aprovação sem restrições
08700.003245/2019-21	Rede D'Or São Luiz S/A e Casa de Saúde Laranjeiras Ltda., Unidade Neonatal da Lagoa Ltda. e Cia de Serviços Especiais e Unificados Ltda.	17/12/2019	Aprovação sem restrições
08700.004203/2019-16	Danaher Corporation e General Electric Company	04/11/2019	Aprovação sem restrições
08700.001324/2018-17	United Technologies Corporation e Rockwell Collins, Inc.	10/05/2018	Aprovação sem restrições
08700.004162/2018-79	Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e Rockfibras do Brasil Indústria e Comércio Ltda.	14/05/2019	Arquivamento: perda de objeto
08700.004494/2018-53	The Walt Disney Company (Brasil) Ltda. e Twenty-First Century Fox, Inc.	28/02/2019	Aprovação com restrições
08700.004901/2018-22	Fras-Le S/A e Jofund S/A	17/09/2018	Aprovação sem restrições
08700.006345/2018-29	Itaú Unibanco S/A e Ticket Serviços S/A	02/07/2019	Aprovação sem restrições
08700.001097/2017-49	Bayer Aktiengesellschaft (Bayer) e Monsanto Company (Monsanto)	16/02/2018	Aprovação com restrições
08700.003430/2017-54	Deere & Company (Deere) e Wirtgen Group Holding GmbH (Wirtgen Holding)	03/08/2017	Aprovação sem restrições
08700.004431/2017-16	Itaú Unibanco S/A e XP Investimentos S/A	20/03/2018	Aprovação com restrições
08700.004446/2017-84	Essilor International (Compagnie Générale d'Optique) S/A (Essilor) e Luxottica Group S.p.A. (Luxottica)	23/02/2018	Aprovação sem restrições
08700.005534/2017-01	Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. (Saint-Gobain) e ATB Indústria e Comércio de Adesivos S/A (ATB)	27/11/2017	Aprovação sem restrições

08700.006606/2017-20	Safran S/A e Zodiac Aerospace S/A	27/12/2017	Aprovação sem restrições
08700.001221/2016-95	Coty Inc. (Coty) e Procter and Gamble Company (P&G)	08/06/2016	Aprovação sem restrições
08700.003462/2016-79	Reckitt Benckiser (Brasil) Ltda. e Hypermarcas S/A	20/09/2016	Aprovação com restrições
08700.004860/2016-11	BM&FBovespa S/A – Bolsa de Valores, Mercados e Futuros (BVMF), Cetip S/A – Mercados Organizados (Cetip)	28/03/2017	Aprovação com restrições
08700.005937/2016-61	The Dow Chemical Company e E.I. Du Pont de Nemours and Company	23/05/2017	Aprovação com restrições
08700.006015/2016-71	Coca-Cola Indústrias Ltda. (CCIL), Spal Indústria Brasileira de Bebidas S/A (Spal) e Unilever PLC (Unilever)	27/09/2016	Aprovação sem restrições
08700.006185/2016-56	Kroton Educacional S/A e Estácio Participações S/A	12/07/2017	Reprovação
08700.006269/2016-90	China National Agrochemical Corporation e Syngenta Ag.	1º/03/2017	Aprovação sem restrições
08700.008483/2016-81	WEG Equipamentos Elétricos S/A (WEG) e TGM Indústria e Comércio de Turbinas e Transmissões Ltda. (TGM)	06/03/2018	Aprovação com restrições
08700.001437/2015-70	Dabi Atlante S/A Indústrias Médico Odontológica e Gnatus Equipamentos Médico-Odontológicos Ltda.	02/12/2015	Aprovação com restrições
08700.002721/2015-63	Duratex S/A (Duratex) e Duchacora Ltda. (Corona)	14/05/2015	Aprovação sem restrições
08700.006390/2015-31	Compagnie de Saint-Gobain (Saint Gobain) e Schenker-Winkler Holding AG (SWH)	17/11/2015	Aprovação sem restrições
08700.007191/2015-40	Halliburton Company e Baker Hughes Incorporated	31/05/2016	Arquivamento: perda de objeto
08700.009018/2015-86	Technicolor S/A (Technicolor) e Cisco Systems, Inc. (Cisco)	25/01/2016	Aprovação sem restrições
08700.003843/2014-96	Companhia Brasileira de Cartuchos (CBC) e Forjas Taurus S/A (Taurus)	26/01/2015	Aprovação sem restrições
08700.009988/2014-09	Tigre S/A - Tubos e Conexões (Tigre) e Condor Pincéis Ltda.	09/09/2015	Reprovação
08700.005447/2013-12	Kroton Educacional S/A e Anhanguera Educacional Participações S/A	11/06/2014	Aprovação com restrições
08700.009198/2013-34	Estácio Participações S/A e TCA Investimento em Participações Ltda. (Grupo SEB)	11/06/2014	Aprovação com restrições

Fonte: elaboração própria

9

ACORDOS ANTICONCORRENCIAIS E A REGRA DA RAZÃO ESTRUTURADA NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Anti-competitive agreements and the structured rule of reason in European Union Law

Pablo Leurquin¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apresentar a metodologia de aplicação da regra da razão estruturada no eixo dos acordos do Direito da Concorrência da União Europeia. A abordagem proposta se ancora na interpretação dada, pela doutrina e pelos tribunais, aos tratados, regulamentos e orientações da Comissão Europeia que versam sobre o assunto. O processo de modernização desse ramo do Direito, bem como da própria tradição do Direito da União Europeia, são os pontos de partida para a compreensão das principais peculiaridades da regra da razão estruturada. O artigo foi, portanto, dividido em três seções. A primeira aborda alguns aspectos da modernização do eixo dos acordos anticoncorrenciais. A segunda trata da etapa da qualificação do acordo, conforme disposto no art. 101, parágrafo 1º, do Tratado de Funcionamento da União Europeia. A terceira versa sobre as isenções, no sentido do art. 101, parágrafo 3º, do mesmo tratado. Foi possível constatar que o modelo modernizado da regra da razão estruturada na União Europeia apresenta diferenças substanciais se comparado à regra da razão (*rule of reason*) estadunidense.

Palavras-chave: Direito da União Europeia; Direito da Concorrência; Direito Econômico; Acordos anticoncorrenciais; Regra da razão estruturada

ABSTRACT

The purpose of this article is to present the methodology for the application of the structured rule of reason in the framework of the agreements in European Union competition law. The proposed approach is anchored in the interpretation given by doctrine and by the courts to treaties, regulations and guidelines of the European Commission that deal with the subject. The modernization process of

¹ Doutor em Direito pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e pela Universidade Federal de Minas Gerais, em tutela. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor Adjunto da Universidade Federal de Juiz de Fora - campus Governador Valadares. Líder do Centro de Pesquisa em Direito Econômico (CPDE-UJFF/GV) e do Centro de Estudos em Pensamento Político (CEPP-UJFF/GV). E-mail: pablolleurquin@gmail.com

this branch of law, as well as of the European Union law tradition itself, are the starting points for understanding the main peculiarities of the structured rule of reason. The article is therefore divided into three sections. The first addresses some aspects of the modernization of the framework of anti-competitive agreements. The second deals with the stage of qualification of the agreement, as provided in article 101(1), of the Treaty on the Functioning of the European Union. The third deals with exemptions, in the sense of article 101(3), of the same treaty. It was possible to verify that the modernized model of the structured rule of reason in the European Union presents substantial differences when compared to the American rule of reason.

Keywords: European Union Law. Competition Law. Economic Law. Anti-competitive agreements. Structured rule of reason.

Classificação: K21

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos gerais da modernização do eixo dos acordos anticoncorrenciais; 3. Qualificação de acordo no Direito da Concorrência da União Europeia; 3.1. Conceito jurídico de colusão; 3.2. Definição da restrição de concorrência; 4. Ponderação no sentido do art. 101, parágrafo 3º, TFUE; 4.1. Isenção por categoria; 4.2. Isenção individual; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A integridade do mercado interno europeu é um dos valores fundamentais da construção do mercado comum europeu. O Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE), em seu art. 26, 2º, dispõe que o mercado interno é “um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação de mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados”. No seu art. 26, 1º, fica estabelecido também que é de competência da União Europeia adotar medidas para estabelecer e assegurar o funcionamento do seu mercado interno. O art. 101 e seguintes do TFUE, por sua vez, estabelecem os parâmetros de compatibilidade dos atos das empresas com o próprio mercado interno (LEURQUIN, 2018, p. 28).

O referido tratamento jurídico do mercado interno se soma a uma interpretação instrumental da aplicação do Direito da Concorrência. Laurence Idot afirma que o modelo da União Europeia não estabelece a defesa da concorrência como um fim em si mesmo, ou seja, ela é voltada à implementação de políticas públicas, de maneira a viabilizar a avaliação de considerações de interesse geral (IDOT, 2012, p. 10).

O Direito da Concorrência da União Europeia passou por processos de modernização com intuito de promover uma adequação da tradicional forma de aplicar este ramo do Direito às novas exigências da economia contemporânea. Constatou-se, assim, a incorporação de aportes da Economia Industrial nos tradicionais quadros de análise consolidados pelas autoridades europeias. A referida modernização ocorreu nos dois eixos do Direito Europeu da Concorrência, a saber, o de acordos anticoncorrenciais, com o regulamento n. 1/2003; e o de práticas unilaterais, com as Orientações sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art. 82 (atual art. 102), do TFUE.

É importante frisar uma diferença entre as duas fontes de Direito Europeu: as orientações da Comissão Europeia e os regulamentos europeus. As primeiras são consideradas normas de *soft law* (*droit mou*), cujo objetivo é vincular a atuação da própria Comissão Europeia para garantir maior

previsibilidade jurídica. Essas orientações não vinculam a interpretação das jurisdições nem das autoridades dos Estados membros. Já os regulamentos, de acordo com o art. 288 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, têm caráter geral e são diretamente aplicáveis e obrigatórios em todos os Estados-Membros (UNIÃO EUROPEIA, 2012; JACQUÉ, 2015, p. 572).

As distinções entre as duas técnicas legislativas empregadas para consolidar a modernização do Direito da Concorrência da União Europeia dão pistas sobre os desafios de aplicação dos diferentes eixos deste ramo do Direito. Mas essa reflexão sobre fontes do Direito da União Europeia não será aprofundada no presente trabalho. O objetivo deste artigo é refletir sobre a regra da razão estruturada no controle de concentrações, a partir dos contornos firmados pelo processo de modernização mencionado. Trata-se, portanto, de um trabalho de dogmática jurídica e tem como pretensão apresentar os aspectos introdutórios da aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia no campo dos acordos anticoncorrenciais. Para tanto, será realizada uma exposição dos pormenores da metodologia da aplicação do art. 101, TFUE, que é disposta no próprio artigo e nas Orientações da Comissão concernentes à aplicação do art. 101.

O artigo será dividido em três seções. A primeira abordará sucintamente alguns aspectos gerais sobre a modernização do eixo dos acordos anticoncorrenciais. A segunda tratará da etapa da qualificação de acordo, conforme disposto no art. 101, parágrafo 1º, do TFUE. A terceira versará sobre a etapa da avaliação das isenções, no sentido do art. 101, parágrafo 3º, TFUE.

2. ASPECTOS GERAIS DA MODERNIZAÇÃO DO EIXO DOS ACORDOS ANTICONCORRENCIAIS

A regra da razão estruturada decorre do encontro entre a tradição europeia e a nova abordagem fundada nos efeitos. Em síntese, promoveu-se uma original convergência entre a tradição administrativista de origem dos países de tradição civilista, expressa por uma concepção aproximada às proibições *per se*, e a análise de caso a caso, típicas de países mais influenciados pela *common law*. O modelo da União Europeia da regra da razão estruturada é ancorado igualmente na busca por técnicas mais realistas de análise econômica, notadamente no que diz respeito à incorporação dos novos aportes da Economia Industrial.

As origens da Economia Industrial remontam as contribuições de Antoine Augustin Cournot e Jules Dupuit, que foram em seguida desenvolvidas, no campo do Direito da Concorrência, pela aplicação do *Sherman Act* e legislações subsequentes. Essa teoria influenciou sobremaneira o *Antitrust Law* estadunidense até a ascensão e hegemonia da Escola de Chicago. Com a crise de 2008, o Movimento Pós-Chicago incorporou reflexões da Nova Economia Industrial no Direito da Concorrência². Um dos principais representantes desta teoria é Jean Tirole, economista francês e membro da Escola de Economia de Toulouse (TIROLE, 2014 e 2016; SALOP; SHAPIRO, 2015). Além das suas contribuições no fortalecimento do potencial analítico da Nova Economia Industrial, o economista influenciou a própria modernização do Direito da Concorrência da União Europeia (LEURQUIN, 2018, p. 282).

A modernização do Direito da Concorrência da União Europeia, no tocante ao controle de

2 Para uma síntese da evolução da aplicação dos preceitos da Corrente Pós-Chicago nos EUA, ver: HOVENKAMP, 2010; DAUDRET-JOHN; SOUTY, 2009; e POLI, 2015.

acordos anticoncorrenciais, culminou no Regulamento n. 1/2003 (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2003). Esta norma foi responsável por importantes alterações na política europeia de concorrência, na busca por adequar a defesa da concorrência ao fenômeno da intensificação da globalização e ao aumento da quantidade de países membros da União Europeia.

A desconcentração da aplicação das normas de Direito da Concorrência é uma das principais mudanças, pois a sua implementação passou a ser de competência das autoridades nacionais da concorrência (ANC) e não apenas da Comissão Europeia. Essa alteração permitiu o fortalecimento da cooperação entre os membros da rede de autoridades da concorrência (REC), composta pelas ANC e Comissão Europeia (COMISSÃO EUROPEIA, 2004). Outra alteração trazida pelo Regulamento n. 1/2003 foi a implementação da desnecessidade de notificação prévia dos acordos (art. 1º, do parágrafo 2º).

A Comissão Europeia elaborou, em 2004, as orientações sobre a aplicação do art. 81 (atual art. 101), parágrafo 3º, e deu sequência à modernização da aplicação das regras concorrenciais em matéria de acordos. A primeira contribuição dessas orientações foi organizar claramente a jurisprudência sobre o assunto, o que permitiu a formulação de um quadro geral de análise e de conceitos. A segunda contribuição foi elucidar a aproximação fundada nos efeitos, com base na incorporação das evoluções teóricas da Nova Economia Industrial. Ou seja, a Comissão Europeia sistematizou o que se entende por ganhos de eficiência, tanto na qualificação de restrição de concorrência, quanto na ponderação dos efeitos positivos das operações. O diálogo entre os regulamentos de isenção e os documentos de *soft law* é uma outra característica importante no domínio dos acordos no Direito da Concorrência da União Europeia, garantindo a segurança jurídica dos contratos e dos consumidores.

3. QUALIFICAÇÃO DE ACORDO NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

A qualificação de acordo é a primeira etapa da metodologia geral da aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia no eixo dos acordos anticoncorrenciais. O art. 101, do parágrafo 1º, do TFUE, dispõe:

São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno (UNIÃO EUROPEIA, 2012).

Esse texto pode ser dividido em duas partes. A primeira faz a identificação de que tipo de ato pode incidir a aplicação desse artigo, podendo implicar “acordos entre empresas”, “decisões de associações de empresas” e “todas as práticas concertadas”. Esses três conceitos têm em comum a noção de colusão, que precisa ser caracterizada para a incidência do art. 101. O conceito de colusão, por vezes, é tratado como sinônimo de restrição de concorrência. Apesar disso, a jurisprudência europeia compreende que são dois elementos independentes e necessários para a qualificação da nocividade do acordo.

Já a segunda parte do texto do art. 101, parágrafo 1º, é destinada a adjetivar essa prática, uma vez que esta deve “afetar o comércio entre os Estados-Membros”, cujo “objetivo ou efeito” possa “im-

pedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno”. Em outras palavras, deve-se constatar a restrição da concorrência.

3.1. Conceito jurídico de colusão

A colusão é o antônimo da autonomia de comportamento, um dos fundamentos teóricos da economia de mercado, visto que a coordenação de comportamentos não só impede a formação de um preço ideal, mas também atenta à diversidade na oferta e à inovação (PRIETO; BOSCO, 2013, p. 434). Na aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia, a sua constatação tem como escopo distinguir a defesa da concorrência no eixo dos acordos entre empresas (art. 101, TFUE) da aplicação dessas normas jurídicas no eixo dos comportamentos unilaterais (art. 102, TFUE). Em outros termos, trata-se de uma etapa fundamental na metodologia da aplicação do art. 101, mas não faz parte daquela do art. 102.

As Orientações da Comissão relativas à aplicação do art. 101 estabelecem que tipo de coordenação dos comportamentos ou de colusão o referido artigo faz referência. De acordo com as mesmas:

[...] é aquele em que pelo menos uma empresa se comprometa perante outra a adoptar determinada conduta no mercado ou que, na sequência de contactos entre elas, seja eliminada ou, pelo menos, substancialmente reduzida, a incerteza quanto à sua conduta no mercado (COMISSÃO EUROPEIA, 2020, §15).

Esse conceito trazido pela Comissão remonta o acórdão *Imperial Chemical Industrie*, de 1972. Ele foi responsável por iniciar um corpo jurisprudencial no Direito da União Europeia que declara ilegal a cooperação de um produtor com seus concorrentes para determinar estratégias coordenadas no mercado (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 1972, §118).

O art. 101 do TFUE estabelece três formas de coordenação: acordos entre empresas, decisão de associação de empresas e práticas concertadas. As autoridades de defesa da concorrência da União Europeia entendem que as três categorias são noções autônomas e têm peculiaridades que devem ser explicadas.

O *acordo*, no sentido do art. 101, do TFUE, é a expressão da vontade comum das empresas de se comportar sob o mercado de maneira determinada. A noção de acordo se aplica também aos casos em que o contrato é nulo ou ineficaz, desde que a cláusula controvertida exprima a vontade das partes (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 1990). Portanto, a discussão sobre os vícios de consentimento não é empregada nesse caso. Além disso, os efeitos do acordo podem se prologar após a cessação formal do fim do contrato.

A *decisão de associação* se manifesta sob as formas institucionalizadas de cooperação, nas quais os operadores econômicos agem por intermédio de uma estrutura coletiva ou de um órgão

comum³. Faz-se necessária a constatação da comunidade de interesses ou de um interesse comum para caracterizar a existência de uma associação, já que a construção jurisprudencial sustenta a importância de compreender essa noção em função de sua finalidade e em um sentido mais abrangente. Portanto, verifica-se que não se deve dar grande importância ao regime jurídico da decisão de associação, pois a sua qualificação depende apenas de seu objeto. Isso quer dizer que a associação pode-se manifestar sob a forma de uma associação sem fins lucrativos (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 1980, §86), de uma associação de fato⁴, de uma federação, de um agrupamento de interesses econômico e de toda a forma de agrupamento público ou privado de empresas com objetivos de captar uma clientela, de promover uma categoria de produto ou de vender.

A prática concertada, por sua vez, é o comportamento decorrente de uma coordenação entre as empresas com uma relação de causa e efeito sob o mercado. As diferenças entre o acordo, em face da prática concertada, são a intensidade e as formas de manifestação do concurso de vontade, uma vez que a prática concertada não reúne todos os elementos de um acordo. Constatada a colusão em uma dessas três categorias, o próximo passo é definir a restrição de concorrência.

3.2. Definição da restrição de concorrência

A identificação da restrição de concorrência é uma etapa central da análise das autoridades responsáveis pela concorrência, notadamente após a modernização mencionada, com a incorporação de uma abordagem mais econômica. A Comissão Europeia se ancorou na jurisprudência do Tribunal de Justiça e procurou apresentar uma exposição metodológica para caracterizar a restrição de concorrência. Seu objetivo foi vincular a sua própria prática, para respeitar a previsibilidade jurídica. Entretanto, importa frisar que esta norma não vincula a interpretação das jurisdições e das autoridades dos Estados-Membros (COMISSÃO EUROPEIA, 2004, 2020, §4 e 7). É igualmente importante destacar que o diálogo entre a Comissão e o Tribunal de Justiça promoveu uma convergência entre as exigências de cada instituição, o que é essencial para entender o fortalecimento da política europeia de concorrência.

As orientações retomam o texto do art. 101, do TFUE, que estabelece duas maneiras de caracterizar a restrição de concorrência, por objeto ou por efeitos. Existe uma sutil distinção entre esses dois conceitos. Em síntese, o Direito da Concorrência da União Europeia descarta a necessidade de comprovação dos efeitos anticoncorrenciais concretos do ato no caso se a restrição por objeto for devidamente comprovada. Ou seja, se faz obrigatória a análise da restrição por efeitos apenas no caso de a restrição por objeto não ser qualificada. Assim, a autonomia da restrição por objeto é uma importante construção europeia que facilita a aplicação do art. 101, do parágrafo 1º.

É comum afirmar que o Direito da Concorrência da União Europeia é aplicado de maneira

3 A condenação da MasterCard, por exemplo, se ancorou na caracterização do interesse comum dos bancos pelo sistema de fixação de comissões interbancárias supletivas. Ficou constatado que essa estratégia permitia a definição de um preço mínimo da prestação do serviço, que acabava por repercutir sobre os comerciantes (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2012, § 243 e 251).

4 No caso Erste Group Bank et al. x Comissão, houve a condenação de bancos austríacos que fixavam as taxas de juros das operações passivas e ativas sob a organização do “Clube Lombard” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2009).

muito rígida e excessivamente formal. Por essa razão, o principal desafio dos juristas europeus foi modernizar esse ramo do Direito sem perder de vista a sua tradição legalista-administrativista. Em outras palavras, buscou-se promover uma interpretação mais realista do mercado, sem deixar de lado o caráter jurídico e formal da atuação dos órgãos europeus.

A análise *in concreto* é um ponto em comum essencial e comum às duas categorias de qualificação. Essa análise remonta à decisão *Société Technique Minière*, de 1966 (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 1966), e continua a ser, ainda hoje, um eixo importante na metodologia geral. Este caso teve como objeto a formulação de questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sobre a interpretação do direito exclusivo de venda e a abrangência da nulidade prevista no então art. 85 n. 2 do Tratado de Roma. Importa destacar que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias afirmou que: “A proibição do acordo depende apenas da questão de saber se, ponderadas as circunstâncias do caso concreto, tal acordo reúne objectivamente os elementos constitutivos da referida proibição, tal como vêm enunciados no n.º 1 do artigo 85º”. Assim, a estrutura de mercado, o conteúdo do acordo, seus objetivos e a natureza dos bens e serviços são, desde 1966, elementos presentes na apreciação da restrição da concorrência de maneira indiferenciada. Este entendimento, entretanto, pode dificultar a percepção dicotômica da caracterização pelo objeto e pelo efeito.

É fundamental retomar o texto do art. 101, do parágrafo 1º, do TFUE, para dar início à conceituação da restrição por objeto. Esse dispositivo legal dispõe que os acordos não serão compatíveis com o mercado comum quando eles visam a:

- a) *Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;*
- b) *Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*
- c) *Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;*
- d) *Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;*
- e) *Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos (UNIÃO EUROPEIA, 2012).*

A Comissão Europeia estabeleceu que os acordos têm por objeto a restrição do jogo da concorrência quando eles são muito suscetíveis a ter efeitos negativos, de maneira a prejudicar os princípios do Direito da Concorrência. Os exemplos utilizados nas comunicações são a partilha do mercado e a fixação dos preços, já que reduzem a produção e aumentam os preços. De acordo com a Comissão Europeia, essas circunstâncias diminuem o bem-estar dos consumidores devido à má alocação dos recursos (COMISSÃO EUROPEIA, 2004, §21).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), por sua vez, permite acres-

centar certos outros casos de nocividade, como o fechamento dos mercados nacionais e o entrave ao comércio paralelo, a repartição dos mercados e a troca de informações constitutivas de práticas concertadas. O TJUE estabeleceu um quadro de análise para avaliar a restrição por objeto. De acordo com o mesmo, faz-se necessário analisar os objetivos do acordo, seu contexto econômico e jurídico, a natureza dos bens e serviços, as condições reais do funcionamento e a estrutura do mercado.

No que diz respeito à nocividade dos acordos, é importante ressaltar que a Comissão Europeia indica que as restrições caracterizadas são normalmente restrições por objeto (COMISSÃO EUROPEIA, 2004, §23). As restrições caracterizadas são eventuais efeitos negativos, em termos concorrenciais, que estão dispostas nos regulamentos de isenção. A Comissão Europeia menciona também algumas outras situações, de maneira não exaustiva, que devem ser compreendidas como restrições pelo objeto. O TJUE, no entanto, colocou em prática uma análise sobre a existência de restrição de concorrência diferente da Comissão, especificamente na decisão Pierre Fabre (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2011).

Em síntese, de acordo com a Comissão Europeia, a caracterização da restrição por objeto descarta a necessidade da utilização da técnica de restrição pelos efeitos. O TJUE compreendeu de maneira diversa, e sustentou que se faz necessário reconstituir a análise da qualificação pelo efeito ainda na avaliação da restrição por objeto. Entende-se, todavia, de acordo com Laurence Idor, que o mais coerente é “admitir desde o início que as restrições caracterizadas são restrições de concorrência pelo objeto, o que não exclui que elas sejam eventualmente justificadas em um segundo momento, na perspectiva do parágrafo 3 (IDOT, 2012, p. 18).

A sequência da metodologia de aplicação do art. 101, quando não há restrição por objeto, é analisar se há a qualificação pelos efeitos. Ou seja, a técnica de restrição pelos efeitos é subsidiária e tem grande relevância no que diz respeito à nova aproximação fundada nos efeitos do Direito da Concorrência da União Europeia. Nessa hipótese, o órgão responsável pela concorrência deve explicar os efeitos nocivos à concorrência da prática em análise. Ela deve respeitar a definição do poder de mercado, a verificação de uma restrição significativa e a comparação com a situação contrafactual.

O poder de mercado é definido pela Comunicação da Comissão sobre a aplicação do art. 81 como:

[...] a capacidade de manter os preços acima dos níveis concorrenciais durante um período de tempo significativo ou de manter a produção, em termos de quantidade, qualidade e variedade do produto ou inovação, abaixo dos níveis concorrenciais durante um período de tempo significativo (COMISSÃO EUROPEIA, 2004, § 25)

Para mensurar o poder de mercado, é necessário definir o mercado relevante, a natureza dos produtos, a posição do mercado das partes, dos concorrentes e dos compradores, bem como a existência de concorrentes potenciais e do nível de barreiras à entrada. A restrição pelo efeito será caracterizada quando o acordo deve afetar a concorrência real ou potencial, de maneira a identificar a probabilidade dos efeitos negativos no mercado relevante no nível dos preços, produção, inovação

e variedade ou qualidade dos bens e serviços⁵. Essa possibilidade de analisar os desdobramentos potenciais recoloca em discussão a aplicação das práticas anticoncorrenciais no tempo. Isso altera a compreensão clássica de que o controle dessa dimensão do Direito da Concorrência é realizado exclusivamente *a posteriori*.

A verificação do efeito sensível é essencial para a qualificação por efeito. A Comissão Europeia apresenta alguns critérios úteis sobre a questão na Comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101, n. 1 (Comunicação de minimis), a qual estabelece que:

A Comissão considera que os acordos entre empresas que podem afetar o comércio entre os Estados-Membros e que podem ter por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno não restringem sensivelmente a concorrência na aceção do artigo 101, n. 1, do Tratado: a) Se a quota de mercado agregada das partes no acordo não ultrapassar 10 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, quando o acordo for concluído entre empresas que sejam concorrentes efetivos ou potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre concorrentes); ou b) Se a quota de mercado de cada uma das partes no acordo não ultrapassar 15 % em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, quando este for concluído entre empresas que não sejam concorrentes efetivos nem potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre não concorrentes) (COMISSÃO EUROPEIA, 2014, § 8).

Esses limites de partes de mercado servem para constatar a ausência de efeito sensível da restrição da concorrência. Isto significa que não se aplica a análise de restrição por efeito nos casos cujas participações de mercado são inferiores às de 10%, no caso de concorrentes, e de 15%, quando não forem concorrentes.

A análise da situação contrafactual (*counterfactual test*) também tem papel importante na apreciação dos efeitos anticoncorrenciais, sobretudo no exame do contexto do acordo. A Comissão entende que “ao determinar se um acordo restringe a concorrência deve ter-se em conta o contexto em que a concorrência se processaria efectivamente na ausência do acordo com as suas alegadas restrições” (COMISSÃO EUROPEIA, 2004, § 17). A expressão “comparação com a situação contrafactual” é a tradução de “*comparaison avec la situation contrefactuelle*”, que remete ao conceito “*counterfactual test*”, de origem anglo-saxônica. Na ótica de Catherine Prieto e David Bosco, a “apreciação de uma restrição da concorrência repousa então sob uma comparação entre a situação existente e a situação que poderia ter advindo” (PRIETO; BOSCO, 2013, p. 479).

Após qualificar o acordo e definir se este restringe a concorrência por objeto ou por efeitos, a próxima etapa da metodologia está disposta no art. 101, no parágrafo 3º. Este dispositivo estabelece os critérios que afastam a ilicitude definida a partir da aplicação do parágrafo 1º do mesmo artigo.

5 Sobre as questões teóricas da relação entre concorrência e inovação, ver: POSSAS, 2013; WU, 2012; RUIZ, 2011. Sobre os aspectos europeus acerca da aplicação do Direito da Concorrência para a promoção da inovação, ver: VESTAGER, 2017, 2016a e 2016b; LEBLOND, 2014; e GSTALTER, 2012.

4. PONDERAÇÃO NO SENTIDO DO ART. 101, PARÁGRAFO 3º, TFUE

A ponderação no sentido do art. 101, no parágrafo 3º é uma das originalidades do Direito da Concorrência da União Europeia ao se comparar com a tradição norte-americana. A “*rule of reason*” estadunidense é a ponderação dos efeitos econômicos positivos e negativos da prática para estabelecer a licitude, ou não, de determinada prática. A regra da razão foi aplicada desde os primeiros anos da aplicação da Seção 1 do *Sherman Act*, notadamente com a técnica *ancillary restraints*. Mas foi apenas com o caso *Standard Oil* em que as possibilidades desse tipo de ponderação foram aprofundadas. Conforme assinalam Catherine Prieto e David Bosco, o *Antitrust Law*, ao longo do século XX, é marcado por diferentes temperamentos e alterações no conteúdo da aplicação da regra da razão (*rule of reason*). Esse conceito continua no centro das discussões sobre a modernização do direito norte-americano, que realiza grandes esforços para fixar seus parâmetros (PRIETO; BOSCO, 2013, p. 525).

A jurisprudência europeia, a partir do caso *Grundig-Consten*, em 1966, afastou a possibilidade de aplicação da regra da razão do direito norte-americano no Direito da União Europeia. O caso em questão tratava da análise concorrencial de um acordo que estabelecia proteção territorial absoluta na distribuição da marca *Grundig* a favor da empresa *Consten*, na França. O tribunal teve que se manifestar sobre recurso apresentado pelo governo alemão, pela *Grundig-Verkaufs-GmbH* e pelos *Établissements Consten SARL*, que versava sobre vários aspectos. Entre os pleitos, eles questionavam a forma que a metodologia foi adotada pela Comissão Europeia para a aplicação das sanções. O argumento era que a Comissão Europeia deveria realizar previamente uma análise das eficiências do contrato, inspirando-se no *rule of reason* do Direito norte-americano. Entretanto, de acordo com o Tribunal de Justiça:

[...] para efeitos da aplicação do artigo 85º, n.º 1, a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, desde que seja evidente que tem por objecto restringir, impedir ou falsear a concorrência.

Portanto, a ausência, na decisão recorrida, de qualquer análise dos efeitos do acordo no plano da concorrência entre produtos similares de diferentes marcas não pode constituir, por si só, um vício da decisão (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 1966).

A decisão *Grundig-Consten* inaugurou uma construção jurisprudencial que afasta a aplicação da *rule of law* norte-americano no Direito Europeu. Essa sentença permitiu a condenação de práticas consideradas graves, sem a análise de eventuais eficiências ao mercado, como é o caso da repartição de mercados nacionais por meio de contratos de exclusividade de distribuição. Decisões seguintes reiteraram o julgado mencionado, como é o caso *Montecatini*, de 1999⁶, mas também da decisão *M6*, de 2001. Esta última refutou o argumento das partes que sustentavam a existência de um “*rule of reason*” no Direito Comunitário da Concorrência (Direito da União Europeia). O tribunal reconheceu que

6 De acordo com o Tribunal de Justiça: “[...] mesmo admitindo que a «rule of reason» tenha o seu lugar no âmbito do artigo 81.º, n.º 1, CE, não pode de forma alguma obstar à aplicação dessa disposição no caso de um acordo que implica para os produtores que detinham a quase totalidade do mercado comunitário e que respeita a objectivos de preços, a limitação da produção e a repartição do mercado. Assim, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu qualquer erro de direito ao considerar que o carácter óbvio da infracção se opunha, de qualquer modo, à aplicação da «rule of reason»” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 1999, § 133).

algumas decisões da União Europeia permitiram maior flexibilidade às vedações *ex ante* de diversas condutas. Entretanto, isso não consagrou a utilização da técnica norte-americana. De acordo com o julgado:

[...] estes acórdãos não podem ser interpretados como consagrando a existência de uma “rule of reason” em direito comunitário da concorrência. Inscrevem-se antes numa corrente jurisprudencial mais ampla, segundo a qual não há que considerar, de modo completamente abstracto e indistinto, que todo e qualquer acordo que restrinja a liberdade de acção das partes ou de uma delas cai necessariamente no âmbito da proibição fixada no artigo 85º, n.º 1, do Tratado. Com efeito, é necessário, para efeitos de análise da aplicabilidade desta disposição a um acordo, ter em conta o quadro concreto em que produz os seus efeitos, nomeadamente o contexto económico e jurídico em que operam as empresas em causa, a natureza dos produtos e/ou serviços visados por esse acordo e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado (TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2001, § 73 a 77).

Essas decisões permitem excluir qualquer possibilidade de interpretar as normas europeias com base na experiência norte-americana. A perspectiva modernizada do Direito da União Europeia, denominada de “regra da razão estruturada” ou “regra dos efeitos estruturada”, acolheu as lições dos inconvenientes devido à proibição absoluta, sem perder de vista a importância de uma análise jurídico-formal. É importante constatar que as proibições dogmáticas dos acordos não eram coerentes com a dinâmica do mercado contemporânea. Essa percepção decorre de uma parte da experiência estadunidense da regra da razão (*rule of reason*), no entanto, o modelo da União Europeia não se confunde com ela.

De acordo com o art. 101, do parágrafo 3º, TFUE, serão declaradas inaplicadas as disposições do art. 101, do parágrafo 1º, a todos os acordos, decisões ou práticas:

[...] que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;*
- b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa (UNIÃO EUROPEIA, 2012).*

Esses são os critérios dispostos no TFUE para que determinado acordo não seja considerado ilícito. Outra peculiaridade do Direito da Concorrência da União Europeia decorre do trecho “contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico”. Este excerto do artigo instaura uma avaliação das eficiências geradas pelos acordos, as quais devem ser balizadas pela técnica das isenções, que são de duas naturezas: por categoria ou individual. Essas duas modalidades são uma derrogação da proibição do art. 101, garan-

tindo uma apreciação formal, mas ancorando-se numa aproximação menos dogmática.

4.1. Isenção por categoria

A derrogação por categoria é uma técnica central para as empresas no mercado europeu, uma vez que ela estabelece objetivamente esferas de segurança (*sphères de sécurité*). A isenção por categoria é aplicada em consonância ao quadro de análise exposto nos regulamentos de isenção. Eles estabelecem presunções de ganhos de eficiência suficientes para compensar um eventual efeito anticoncorrencial. A sua constatação permite, assim, a derrogação da proibição do art. 101.

A modernização desse eixo colocou em questão a aproximação puramente formalista, que foi predominante nos anos 1970, dada a influência da tradição alemã. Os regulamentos de isenção deste período eram catálogos de cláusulas brancas, cinzas e negras. Nesta época, pouco importava a influência das empresas sob a estrutura de mercado, ou seja, mesmo os operadores desprovidos de poder de mercado eram submetidos a um tratamento rígido. Essa metodologia foi duramente criticada, pois eram formulações pouco flexíveis para a dinâmica dos negócios.

A nova aproximação econômica inspirou os regulamentos de isenção de segunda geração. O objetivo passou a ser neutralizar o poder de mercado exercido individualmente, sem perder de vista uma aproximação formal, já que as restrições “graves” e “excluídas” são conceitos muito importantes. Destaca-se que o benefício de uma isenção por categoria é subordinado a uma presunção de ausência de poder de mercado e de ausência de restrições graves (PRIETO; BOSCO, 2013, p. 555).

A Comissão Europeia se apoiou no critério das frações em partes de mercado para introduzir uma análise econômica substancial na concessão de isenções coletivas. Para apreender o objeto anticoncorrencial, deve-se recorrer à análise das cláusulas consideradas as “mais nocivas” ou “muito nocivas”. Assim, as muito nocivas são consideradas “restrições graves”, sendo elas um obstáculo à isenção por categoria. Enquanto as “restrições excluídas” são as menos nocivas e fazem referência às cláusulas contratuais incompatíveis com a isenção coletiva, sem incidir na integralidade do contrato, apenas no campo de aplicação do regulamento.

De acordo com Catherine Prieto e David Bosco, essa técnica teve uma grande influência sobre as empresas, apesar de haver um fraco contencioso sobre a matéria. Os autores afirmam que:

Os diretores das grandes empresas têm desde já uma base de trabalho para assegurar suas práticas contratuais. Em contrapartida, os diretores das pequenas e médias empresas deveriam se apropriar desses regulamentos para invocar em sua vantagem as restrições graves ou excluídas. A ordem pública concorrencial coincide recorrentemente com a denúncia de cláusulas de negociações contratuais marcadas por relações de força (PRIETO; BOSCO, 2013, p. 563).

A isenção por categoria tem significativa importância na definição das estratégias de mercado das empresas, permitindo moldar o comportamento das mesmas. Essas zonas de segurança garantem maior previsibilidade na atuação dos órgãos de defesa da concorrência, o que contribui também em maior segurança jurídica para as pequenas e médias empresas.

4.2. Isenção individual

A isenção individual é a última possibilidade de afastar a aplicação do art. 101, §1º, do TFUE. Essa derrogação é uma avaliação caso a caso por critérios cumulativos definidos no §3º do dito artigo. É importante frisar que a técnica em questão reforça a abordagem econômica colocada em prática no momento da modernização do Direito da Concorrência da União Europeia.

O regime jurídico da isenção individual foi concebido por uma construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça, que estabeleceu os princípios diretores na aplicação do parágrafo 3º do art. 101, do TFUE, os quais serão explicados a seguir. O primeiro princípio é respeitar a necessidade de qualificação da restrição de concorrência antes de conceder a isenção.

O segundo princípio é a definição que o ônus da prova da violação do parágrafo 1º incumbe à Comissão Europeia; e a do parágrafo 3º à empresa, de acordo com o art. 2, do Regulamento (CE) n. 1/2003. Em outras palavras, a Comissão Europeia tem a obrigação de provar a qualificação do acordo, informando a restrição por efeito ou por objeto. Então, a empresa acusada terá a possibilidade sustentar a existência de regulamento de isenção por categoria, o que excluiria a aplicação do art. 101, do TFUE.

No caso de inexistência de regulamento de isenção por categoria, a empresa terá de utilizar a técnica da isenção individual para tentar afastar a aplicação do art. 101, do TFUE. Caberá a esta apresentar provas convincentes para invocar o benefício da isenção individual. Frisa-se que a inversão do ônus da prova não exige a responsabilidade da Comissão Europeia responder aos argumentos das empresas de maneira convincente.

O terceiro princípio é a delimitação do controle jurisdicional. O Tribunal de Primeira Instância só poderá verificar as regras de procedimento e de motivação, na medida exata da materialidade dos fatos, a não ser nos casos de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder.

O quarto princípio é a afirmação implícita da possibilidade de isentar as restrições por objeto. A jurisprudência do Tribunal de Justiça, desde a decisão *Grundig*, condenou severamente os acordos que visavam ao fechamento dos mercados nacionais. No entanto, com a decisão *GlaxoSmithKline*, o tribunal afirmou que essa qualificação não será subordinada ao fato de que os consumidores finais sejam privados de vantagens de uma concorrência eficaz em termos de fornecimento ou de preço (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2009).

O quinto princípio é a adoção de condições cumulativas do quadro de análise da isenção individual, ou seja, faz-se necessário: (i) a contribuição ao progresso tecnológico e econômico; (ii) a divisão equânime com o consumidor; (iii) a verificação do caráter indispensável da restrição; e (iv) a ausência de eliminação radical de concorrência. O sexto princípio é a possibilidade das partes da decisão de isenção invocar seus direitos contra terceiros.

As orientações da Comissão Europeia recomendam uma ordem a seguir para a apreciação das condições gerais para isenção individual. De início, deve-se realizar o exame dos ganhos de eficiência, ou seja, a identificação de vantagens objetivas sensíveis de natureza a compensar os inconvenientes que resultam para a concorrência. Além disso, a prova das vantagens deve ser positiva, portanto, a afirmação que o acordo em questão não é desfavorável aos consumidores não é suficiente. De acordo com as orientações, os ganhos de eficiência são fatores criadores de valor, podendo ser

quantitativos ou qualitativos (PRIETO; BOSCO, 2013, p. 539 e s.).

A segunda condição geral de isenção individual é a divisão equânime com o consumidor. Isso pode ser compreendido como uma condição geral, pois o bem-estar do consumidor é a pedra angular da política europeia da concorrência, segundo a Comissão Europeia⁷. O caso concreto pode revelar uma dificuldade para definir com precisão a repercussão sobre os consumidores. Todavia, é importante frisar que, quanto maior for a incidência de uma restrição à concorrência, maior será a probabilidade de prejuízo aos consumidores a longo termo, visto que a Comissão Europeia considera que a concorrência é muito importante para a inovação a longo termo (COMISSÃO EUROPEIA, 2004, § 92 e s.).

A terceira condição geral é o caráter necessário e proporcional da compensação do efeito negativo sob o consumidor, então:

A Comissão não vai duvidar do juízo comercial das partes, e apenas intervirá quando for razoavelmente evidente que há alternativas realistas e atingíveis. Nesse caso, as partes devem apenas explicar e demonstrar as razões pelas quais eventuais alternativas aparentemente realistas e significativamente menos restritivas ao acordo seriam muito menos eficientes (COMISSÃO EUROPEIA, 2004, § 75).

A quarta condição geral é a ausência de erradicação total da concorrência, que serve para avaliar a possibilidade de impedir a concorrência a longo termo. O pretexto de ganhos de eficiência a curto termo por vezes é suscitado para permitir a substancial redução da concorrência, o que não é admitido pela política europeia de concorrência. Para analisar os desdobramentos sob a concorrência a longo termo, deve-se verificar as restrições de capacidade ou de custos de produção que pesarão sob os concorrentes e privilegiar a concorrência nos preços e na inovação.

A análise das etapas da aplicação da regra da razão estruturada do Direito da Concorrência da União Europeia permite de entender um modelo diferente da “*rule of reason*” do direito estadunidense. A originalidade do modelo europeu coloca em evidência certos aportes importantes para a avaliação dos acordos, especialmente no que diz respeito ao enquadramento dos acordos de cooperação para a inovação.

5. CONCLUSÃO

É relativamente comum tratar a regra da razão como um modelo abstrato aplicado em vários ordenamentos jurídicos distintos. Essa simplificação acaba por tratar como homogêneo algo que não é. Apesar das influências entre os modelos, o presente estudo permitiu compreender melhor as complexidades e peculiaridades da regra da razão estruturada no Direito da Concorrência da União Europeia.

⁷ De acordo com a Comissão, a noção de consumidor no direito da concorrência é mais larga que a do Direito do Consumidor, pois aquela engloba os utilizadores diretos ou indiretos dos produtos ou serviços abrangidos pelo acordo. São incluídos não apenas os consumidores finais, mas também empresas que adquirem produtos para a transformação, por exemplo (COMISSÃO EUROPEIA, 2004, § 84).

A definição das restrições excluídas e caracterizadas, bem como o diálogo entre as orientações da Comissão e os regulamentos são essenciais para compreender o papel regulador das autoridades europeias da concorrência. Além disso, a perspectiva modernizada da aplicação do Direito da União Europeia nos acordos permite um enquadramento jurídico dos acordos entre as empresas ancorado em uma abordagem fundada nos efeitos econômicos, sem perder de vista a segurança jurídica e a proteção de direitos fundamentais.

Dois aportes do modelo europeu são especialmente relevantes. O primeiro é a repartição do ônus da prova é um elemento central na dinâmica processual e contribui não só para a celeridade do processo, mas também para o reequilíbrio das assimetrias informacionais. O segundo é o enquadramento da cooperação das empresas inovadoras e seus parceiros, por intermédio de normas de Direito da Concorrência. Este último aporte será melhor desenvolvido em estudos futuros, mas a metodologia de aplicação do art. 101, TFUE, explicada no presente artigo, é fundamental para entender como o Direito da União Europeia tem tratado estes acordos específicos.

No que diz respeito à definição da repartição do ônus da prova, entende-se que ela é uma técnica que permite conciliar as assimetrias de informação das autoridades encarregadas da concorrência com a intervenção eficaz desse ramo do Direito. As ditas autoridades têm uma limitação, devido à própria dinâmica de uma economia de mercado, para apreender os detalhes do setor econômico analisado e as condições internas de uma empresa. Em síntese, é possível constatar uma tensão entre o desafio de uma intervenção eficaz, a qual requer maior quantidade de informação de um mercado; e o interesse das empresas de não divulgar suas informações, uma vez que pode ser prejudicial a seus interesses na dinâmica competitiva.

O modelo europeu de repartição de provas, conforme visto, apresenta uma solução em duas etapas para resolver essa tensão descrita. A primeira é de definir a obrigação das autoridades da concorrência para provar a aplicação do art. 101, §1º, do TFUE. A segunda é de impor às empresas o ônus da prova para aplicação das derrogações decorrentes do art. 101, §3º, do TFUE. Em outros termos, as autoridades têm a responsabilidade de demonstrar a restrição de concorrência pelo objeto ou pelo efeito e, em seguida, as empresas têm a obrigação de provar a existência das condições para a isenção por categoria ou individual. Portanto, infere-se que o sentido da modernização do Direito da Concorrência da União Europeia não ficou restrito à dinâmica repressiva, visto que a renovação no domínio dos acordos promoveu um novo enquadramento dos acordos de cooperação.

6. REFERÊNCIAS

COMISSÃO EUROPEIA. **C 101/54**. Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência. 27 abr. 2004. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(03\)&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(03)&from=DE). Acesso em: 23 mar. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. **C 101**. Orientações relativas à aplicação do n. 3 do artigo 81 do Tratado. 27 abr. 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=cele-x%3A52004XC0427%2807%29>. Acesso em: 20 abr. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. **C 291/1**. Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101º, n. 1, do Tratado

sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis). 30 de ago. 2014. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830\(01\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014XC0830(01)&from=PT). Acesso em: 20 ago. 2020.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **L 1/1**. Regulamento (CE) n. 1/2003 do Conselho de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81 e 82 do Tratado. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=pt>. Acesso em: 14 abr. 2020.

DAUDRET-JOHN, Frédérique; SOUTY, François. Quelle politique de concurrence pour l'Administration Obama?, **Concurrences**, n. 1, 2009, p. 74-79.

GSTALTER, Jérôme. **Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle**: les nouveaux monopoles de la société de l'information. Bruxelas: Bruylant, 2012.

HOVENKAMP, Herbert. The Obama Administration and Section Two of Sherman Act, **Boston University Review**, v. 90, 2010. Disponível em: http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2806&context=faculty_scholarship. Acesso em: 10 jan. 2021.

IDOT, Laurence. L'état des lieux en droit des ententes. In: **Propriété intellectuelle et concurrence**: pour une (rê) conciliation, Paris, Lexis Nexis, 2012. (Actes du colloque IRPI-AFEC du 8 novembre 2011, Collection de l'IRPI, n. 40)

IDOT, Laurence. Réflexions sur la convergence des droits de la concurrence. **Concurrences**, n. 4, 2012.

JACQUÉ, Jean Paul. **Droit institutionnel de l'Union européenne**. 8. ed. Paris: Dalloz, 2015.

LEBLOND, Lauren. **Pratiques anticoncurrentielles et brevets**: études en faveur de la promotion européenne de l'innovation. Bruxelas: Bruylant, 2014.

LEURQUIN, Pablo. **Proteção da inovação pelo Direito Brasileiro da Concorrência e diálogo com o Direito da União Europeia**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais e Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Belo Horizonte, Paris, 2018.

POLI, Eleonora. **Antitrust Institutions and Policies in the Globalising Economy**. New York: Palgrave Macmillan: 2015.

POSSAS, Mario Luiz. Concorrência Schumpeteriana. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs.) **Economia Industrial**: Fundamentos Teóricos e Práticos no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PRIETO, Catherine; BOSCO, David. **Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante**. Bruxelas: Bruylant, 2013.

RUIZ, Ricardo Machado. Política antitruste e intervenções: algumas reflexões a partir de teorias da firma. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (orgs.). **Remédios Antitruste**. São Paulo: Singular, 2011.

SALOP, Steven; SHAPIRO, Carl. Jean Tirole's Nobel Prize in Economics: The Rigorous Foundation of Post-Chicago Antitrust Economics. **Antitrust**, v. 29, n. 2, 2015. Disponível em: <https://media.crai.com/sites/default/files/publications/Jean-Tirole-Nobel-Prize-in-Economics-The-Rigorous-Foundations-of-Post-Chicago-Antitrust-Economics-Salop-Shapiro-Antitrust-Magazine-Spring-2015.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.

TIROLE, Jean. **Économie du bien commun**. Paris: PUF, 2016.

TIROLE, Jean. Market Failures and Public Policy. **Discurso de premiação do Prêmio Nobel de Economia**. 8 dez. 2014. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/tirole-lecture.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Processo n. 48-69**. Imperial Chemical Industries/Comissão. 14 jul. 1972. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CJ0048&from=FR>. Acesso em: 24 abr. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Processo n. 56/64 e 58/64**. Établissements Consten SARL e Grundig-Verkaufs-GmbH/Comissão. 13 jul. 1966. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0056&from=EN>. Acesso em: 20 ago. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Processo n. 56/65**. Société Technique Minière (LTM)/Maschinenbau Ulm GmbH (MBU), 30 jun. 1966. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61965CJ0056&from=EN>. Acesso em: 15 dez. 2020.

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Processo n. T-112/99**, M6 et al./TF1. 18 set. 2001. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d-6c37614d8abba4585a8d2f490e7d3c60b.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pax0Ne0?text=&docid=46584&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=510790>. Acesso em: 25 nov. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Processo n. C-125/07, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P**. Erste Group Bank et al./Comissão. 24 set. 2009. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62007CJ0125&from=FR>. Acesso em: 24 maio 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Processo n. C-135/92**. Montecatini/Commission. 8 jul. 1999. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61992CJ0235&from=EN>. Acesso em: 18 dez. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Processo n. C-277/87**. Sandoz Prodotti Farmaceuti/Comissão. 11 jan. 1990. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61987CJ0277&from=FR>. Acesso em: 22 abr. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Processo n. 209 a 215/7**. Van Landewyck/Comissão. 29 out. 1980. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61978CJ0209&from=PT>. Acesso em: 15 mar. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Processo n. C-519/06**. GlaxoSmithKline/Comissão. 6 out. 2009. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77869&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=511056>. Acesso em: 05 jan. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Processo n. C-439/09**. Pierre Fabre/Présidente de l'Autorité de la concurrence e Ministre de l'Économie, de l'Industrie e de l'Emploi. 13 out. 2011. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0439_SUM&from=BG. Acesso em: 20 nov. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Processo n. T-11/08**. MasterCard/Comissão Europeia, 24 maio 2012. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008T>

J0111&from=PT. Acesso em: 25 abr. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **C 202/47**. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. 12 out. 2012. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 19 nov. 2020.

VESTAGER, Magrethe. Competition: the mother of invention. **European Competition and Consumer Day**. 18 abril 2016. Disponível em: https://wayback.archive-it.org/12090/20191130155750/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-mother-invention_en. Acesso em: 15 jan. 2021.

VESTAGER, Magrethe. How competition supports innovation. **Regulation4Innovation**. 24 maio 2016. Disponível em: https://wayback.archive-it.org/12090/20191130155750/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/how-competition-supports-innovation_en. Acesso em: 21 jan. 2021.

VESTAGER, Magrethe. Setting innovation free. **Bpifrance Inno Génération**. 12 out. 2017. Disponível em: https://wayback.archive-it.org/12090/20191130155750/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/setting-innovation-free_en. Acesso em: 11 jan. 2017.

WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. **Antitrust Law Journal**, Washington, v. 78, n. 2, 2012.

10

O CONTROLE EMPRESARIAL EXTERNO NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

External control in Antitrust Law

Angelo Gamba Prata de Carvalho¹

RESUMO

Muitas vezes ignorado ou até rechaçado pela doutrina brasileira e com escassas referências no direito positivo, o controle externo consiste no exercício do poder de controle por entidade estranha à comunhão societária. Apesar de o Direito da Concorrência fazer menção expressa a tal fenômeno, não estabelece disciplina específica. É preciso, portanto, desenvolver critérios minimamente consistentes para que sejam evitados reducionismos excessivos e seja preservada a função econômica dos contratos analisados, para que então seja possível compreender a sua real função na organização dos mercados.

Palavras-chave: Poder de controle; Controle externo; Controle de estruturas.

ABSTRACT

Usually ignored or even repelled by Brazilian legal scholars and with limited references in the positive law, external control stands for the enforcement of corporate power by a non-shareholder entity. This phenomenon is commonly mentioned by Antitrust Law, but there is no specific body of norms for that. It is necessary, therefore, to structure minimally consistent criteria in order to avoid excessive reductionisms and to preserve the economic function of contracts, so that it is possible to understand their real role on the organization of markets.

Keywords: Control power; External control; Merger control.

Classificação JEL: K12; K21

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Caracterização do controle externo: da autoridade externa à dominação*; 3. *A necessária construção de critérios consistentes para a identificação do controle externo: a relevância da política financeira*; 4. *O controle externo no Direito da Concorrência: abordagem crítica do posicionamento do Cade sobre a matéria*; 5. *Considerações finais*.

1. INTRODUÇÃO

Diante da inventividade dos agentes econômicos e da acelerada dinâmica dos mercados, a

¹ Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Professor voluntário da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Vice-líder do Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado (GECM/UnB). E-mail: angelogpc@gmail.com

efetividade do controle prévio de concentrações depende fundamentalmente da existência de ferramentas de análise capazes de dar efetividade ao princípio da primazia da realidade sobre a forma no Direito da Concorrência, sob pena de arranjos contratuais e societários sofisticados servirem simplesmente para ocultar o verdadeiro titular do poder econômico. Evidentemente que o próprio Direito da Concorrência traz consigo instrumentos destinados a coibir o abuso de poder econômico e a concentração nos mercados, de tal maneira que o simples fato de existir poder não significa que as instituições ficarão rendidas à força dos grandes agentes. No entanto, a consecução desse objetivo exige constante atenção não apenas às formas jurídicas de estruturação do poder econômico, mas também a mecanismos factuais de exercício de poder.

O poder de controle societário, nesse sentido, é campo fértil para a estruturação jurídica de situações de fato que decorrem diretamente do exercício do poder econômico. Em *O poder de controle na sociedade anônima*, Fábio Konder Comparato² analisa, com riqueza de detalhes, a noção de poder de controle no direito brasileiro e o sentido que o conceito adquire em suas mais variadas formas, a repercutir diretamente sobre a responsabilização dos gestores das sociedades por ações. De fato, o principal foco de seu trabalho é o chamado controle *societário* ou *interno*, porém o autor descreve também outro relevante fenômeno: o controle externo.

A partir do momento em que a obtenção de retornos financeiros de curto prazo – objetivo central da fase atual do capitalismo³ –, a estruturação de arranjos societários complexos passa a ser excessivamente onerosa para os agentes econômicos, que buscam novos canais de obtenção de ganhos financeiros que, ao mesmo tempo, garantam-lhes lucratividade e flexibilidade na condução dos negócios. Assim, a empresa verticalizada ou mesmo os arranjos societários complexos dão lugar a arranjos contratuais por meio dos quais uma das partes detém fundamentalmente o controle sobre a atividade financeira da outra. Não é sem motivo que, no âmbito da Resolução n. 2/2012 do Cade, a definição de grupo econômico envolve “as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo”.

O próprio Cade reconhece, por conseguinte, que o controle se estrutura por formas distintas daquela verificável na titularização de participações societárias, notadamente por meio do chamado controle não-societário ou externo. Acontece que a definição de controle externo não é aprofundada no aludido ato normativo, de sorte que a aplicação da Resolução está condicionada à utilização, pelo Cade, de parâmetros oriundos de outros ramos do Direito para preencher as lacunas normativas e conceituais existentes em suas normas. Mesmo no Direito Societário a construção dogmática da noção de controle externo ainda é recente e, portanto, faz-se necessária a estruturação de parâmetros minimamente seguros para a aplicação do instituto no Direito da Concorrência.

Por esse motivo, e por se tratar de instituto constantemente ventilado pela jurisprudência do Cade, para além de ser mencionado pela Resolução n. 2/2012, o presente trabalho pretende delinear os principais contornos do controle externo para o Direito da Concorrência, analisando os precedentes recentes do Cade e buscando propor critério operacional para a identificação do fenômeno. Para tanto, deve-se necessariamente passar não somente pela delimitação dogmático-formal de

2 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

3 FLIGSTEIN, Neil. **The transformation of corporate control**. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 226-227.

conceitos jurídicos, mas também pela discussão sobre as formas de manifestação do poder econômico na atualidade, indispensável à análise antitruste para que sejam adequadamente endereçadas as repercussões do controle externo.

2. CARACTERIZAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO: DA AUTORIDADE EXTERNA À DOMINAÇÃO

A partir de determinado ponto de integração econômica entre agentes autônomos, a análise dos vínculos entre eles deixa de ser puramente jurídica para dar lugar a uma busca por coesão social⁴. Não é sem motivo que a análise das formas de organização da atividade econômica não mais se satisfaz com a investigação sobre atos societários ou outros elementos capazes de formalmente atestar a capacidade de determinado agente exercer poder sobre outros, mas exige principalmente que se passe a perquirir a existência de poderes de fato em lugar de se buscar presunções legais de exercício de poder de controle por intermédio da dominação dos órgãos das sociedades também por vínculos não-societários.

O poder de controle, assim, se verifica a partir de seu exercício efetivo, o que, por mais que ocorra de forma mais corriqueira como decorrência da titularização de participações societárias, passa a se apresentar também em modalidade contratual a partir da “explosão da contratualização dos processos produtivos”⁵ constatada na atualidade. Daí dizer Fábio Konder Comparato que, nesses casos, “o controlador [...] não é necessariamente membro de qualquer órgão social, mas exerce o seu poder de dominação *ab extra*”⁶. É preciso, pois, verificar a partir de que momento a influência fática pode traduzir-se em poder de controle, com todos os efeitos jurídicos daí decorrentes, sobretudo no que diz respeito aos efeitos concorrenciais.

Nesse sentido, pontua Messineo que a interferência de terceiros sobre sociedades empresárias constituiria talvez a característica mais original da vida econômica contemporânea: uma espécie de controle no qual conserva-se a independência jurídica entre as sociedades e que, porém, suprime ou mitiga a sua independência econômica⁷. Isso porque, em que pese a naturalidade com que relações de autoridade são instauradas em relações societárias, estas geralmente estão fundadas em hierarquias que, conforme intuiu Coase, consistem em estruturas organizacionais capazes de alocar recursos e tomar decisões de maneira a reduzir custos de transação, em virtude das quais sujeitos que poderiam operar autonomamente no mercado optam por sujeitar-se ao poder diretivo de outrem⁸.

Quando se fala em controle externo, porém, não se está a falar de hierarquia em seu sentido estrutural, mas de relações de autoridade sobre ente autônomo que podem tanto produzir

4 CLAEYS, Stijn. **Franchising**: tussen zelfstandigheid en afhankelijkheid: een onevenwichtige samenwerking? Brugge: Business and economics, 2009. p. 84.

5 ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 244-245.

6 COMPARATO; Salomão Filho, Op. cit., p. 89.

7 MESSINEO, Francesco. **Studi di diritto delle società**. Milão: Giuffrè, 1949. p. 195-196.

8 COASE, Op. cit., 1937, p. 387-388.

subordinação quanto partir de vínculo de coordenação⁹. De acordo com Claude Ménard¹⁰, a relação hierárquica é fundada em assimetrias não negociáveis e na capacidade de comandar sujeitos subordinados, ao passo que a autoridade consiste na delegação, por entidades juridicamente distintas, do poder de decisão sobre uma classe de ações que lhes caberiam. De outro lado, ainda que não haja propriamente subordinação, mas sim a orientação voluntária dos entes relacionados em torno de uma finalidade comum, é necessário algum grau de autoridade para manter hígida a coordenação entre os agentes. É a autoridade que, congregando confiança e liderança, será capaz de instaurar a ordem privada que regulará a relação entre as entidades autônomas¹¹.

Não sem motivo, assevera Carlo Pasteris que nem toda autoridade ou influência externa se traduz em controle externo. De acordo com o autor, exige-se, para a configuração do controle externo, uma influência de ordem econômica que atinja toda a atividade desenvolvida pela empresa controlada, pela permanência do estado de subordinação (ou coordenação) e pela impossibilidade de a empresa controlada ignorar tal influência sem sofrer sanções ou prejuízos substanciais¹².

No entanto, apesar da adequação da posição de Pasteris segundo a qual nem toda autoridade manifestada por instrumentos não societários configura controle externo – considerando que se faz necessária a constatação de dominação estrutural da sociedade controlada –, não parece razoável supor que o controle externo teria necessariamente que se assemelhar ao controle interno no tocante à sua abrangência: tendo em vista o fenômeno da desagregação da empresa, o controle externo pode e deve ser considerado também de maneira localizada, de modo a alcançar, por exemplo, apenas determinados setores da empresa¹³. Isso porque, considerando que se está a tratar de novas dinâmicas de exercício do poder econômico decorrentes de novas formas de organização da atividade econômica, não faria sentido analisá-las sob as lentes do passado.

Por certo, o controle externo não consiste em *mera* influência ou *mera* autoridade, mas sim em poder de dominação por meio do qual um determinado agente econômico pode definir a política financeira de uma dada sociedade. Trata-se de noção bastante semelhante à construída por Champaud, para quem o controle se constrói a partir da concentração da autoridade sobre os bens de uma sociedade, sendo definido a partir de três postulados fundamentais: (i) o controle é o direito de dispor dos bens de outro como proprietário; (ii) controlar uma empresa é deter o controle dos bens afetados a suas atividades, de tal maneira a dirigir a sua atividade econômica; e (iii) controlar uma sociedade é deter o controle sobre os bens sociais, de tal maneira a definir as atividades da empresa como um todo¹⁴. Naturalmente, a definição de Champaud é bastante ampla e tem por objetivo tratar

9 PRATA DE CARVALHO, Angelo. **Controle empresarial externo**: a intervenção sobre a política financeira como critério de responsabilização do controlador. Rio de Janeiro: Processo, 2020. p. 130-131.

10 MÉNARD, Claude. Le pilotage des formes organisationnelles hybrides. **Révue économique**. v. 48, n. 3, p. 741-750, maio 1997.

11 Ver: PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. A função regulatória dos contratos: regulação e autonomia privada na organização do poder econômico. **Revista de direito setorial e regulatório**. v. 5, n. 1, p. 91-114, 2019.

12 PASTERIS, Carlo. **Il controllo nelle società collegate e le partecipazioni reciproche**. Milão: Giuffrè, 1957. p. 31-32. Ver também: PEREIRA, Guilherme Döring da Cunha. **Alienação do poder de controle acionário**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 14-15.

13 PRATA DE CARVALHO, Op. cit., 2020, p. 132.

14 CHAMPAUD, Claude. **Le pouvoir de concentration de la société par actions**. Paris: Librairie Sirey, 1962. p. 161.

também do controle interno, motivo pelo qual a sua especificação para a definição de controle externo parece adequada às finalidades do presente trabalho.

A convivência do fenômeno da autoridade conforme acima descrita com a autonomia das partes pode ser verificada nas chamadas formas híbridas, como é o caso dos contratos empresariais de colaboração, nos quais as partes se engajam em relação cooperativa bastante intensa, muitas vezes caracterizada pela dependência econômica e por certa ingerência administrativa de uma parte sobre a outra, porém ainda mantendo interesses contrapostos¹⁵. Tal elemento fica bastante claro nos contratos de franquias, nos quais muito embora se garanta aos franqueados proteção decorrente de sua independência jurídica perante o franqueador, o próprio sucesso da relação econômica ali travada depende de uma certa coerência comercial baseada na cooperação efetiva entre os agentes¹⁶ – o que, em última análise, por mais que tal finalidade seja orientada pela garantia da eficiência e qualidade da atividade exercida pelo franqueado, pode redundar no exercício de poder de controle externo¹⁷.

É importante salientar, ainda, que o controle externo normalmente constitui opção substancialmente menos custosa do que a organização de estruturas societárias hierárquicas, por mais que seja capaz de produzir efeitos muitas vezes análogos aos das hierarquias¹⁸. Isso não apenas porque se trata de relação de poder estabelecida faticamente ou, em última análise, do que Macaulay denomina por articulação de elementos contratuais e não-contratuais¹⁹ (isto é, vínculos jurídicos permeados por relações de poder fático), mas por se tratar de relação de autoridade que prescinde do caráter abarcante que é próprio do controle interno, podendo aproveitar-se da compartimentalização e da desagregação empresarial para dominar departamentos específicos em contextos bem determinados. Daí a razão em virtude da qual, para além da subordinação, pode-se perfeitamente vislumbrar relações de coordenação instauradas a partir do controle externo.

Nesse sentido, sobretudo sob a ótica do Direito da Concorrência, tal percepção é fundamental para que se compreenda que o controle externo é também uma ferramenta de organização da atividade econômica e, por conseguinte, de redução dos custos de transação que decorreriam normalmente de estruturas hierárquicas, aproveitando-se da articulação entre normas dispositivas – já que a autonomia privada deve permear tais relações –, normas imperativas – já que não podem os agentes econômicos furtarem-se à observância de normas cogentes – e estruturas sociais para construir mecanismo capaz de, a um lado, assegurar que os objetivos das partes sejam efetivamente alcançados, e, a outro, garantir a adequada correlação entre poder e responsabilidade, inclusive for-

15 PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. Os contratos híbridos como categoria dogmática: características gerais de um conceito em construção. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, n. 19, p. 181-229, jul./set. 2016.

16 CLAEYS, Op. cit., p. 155.

17 ALLAM, Delila. Les raisons d'être de la franchise dans les transactions de services aux entreprises. **Management & avenir**, n. 22, p. 137-154, 2009.

18 PRATA DE CARVALHO, Op. cit., 2020, p. 135.

19 MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminary study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, fev. 1963.

necendo meios instrumentais para tanto²⁰.

O desafio de firmar o controle externo como mecanismo de gestão transparente e aberto ao escrutínio dos sujeitos envolvidos requer necessariamente o estabelecimento de elementos objetivos para sua identificação. Nesse sentido, pontua Pasteris que o controle externo pode ser identificado mediante a constatação de situação de predomínio (subordinação), de conexão de interesses (coordenação) ou de direcionamento da atividade de um sujeito sob pena de o afetado ou ter suas atividades interrompidas ou sofrer graves prejuízos (igualmente, subordinação)²¹. Não obstante, cabe repisar, a excessiva objetivação dos elementos constitutivos do controle externo (e, em verdade, do controle em geral) pode deixar de lado características fáticas de grande relevância para a apreensão de tal fenômeno a partir de seu ponto de vista funcional, motivo pelo qual o direito contemporâneo tende a identificar a empresa plurissocietária a partir de cláusulas gerais e preceitos abertos como a direção unitária ou a dependência econômica²².

Tal constatação não é estranha sequer ao conceito mais geral de poder de controle, a justificar o posicionamento do controle externo não como modalidade *sui generis* de exercício do poder econômico, mas como subespécie de poder de controle. Daí dizer Herman que o controle, de maneira ampla, pode ser definido pela ocupação de posição estratégica capaz de garantir o exercício de poder sobre outrem: seja mediante a construção de boa credibilidade e boa reputação (no caso do controle gerencial); seja mediante a aquisição, por parte de um sócio preexistente, a partir de direitos de preferência, de participação societária que lhe garanta o controle majoritário; ou, ainda, no caso do controle externo, pela celebração de contratos de financiamento de empreendimentos estratégicos por grandes agentes econômicos, como bancos ou fundos de investimento²³.

Contudo, apesar da relevância do poder econômico que se encontra por detrás do controle externo, a ausência de elementos dogmáticos consistentes para a identificação desse fenômeno pode levar, sobretudo no Direito Societário, a situações nas quais, em que pese a constatação de exercício de poder de fato, nega-se o controle externo em virtude da ausência de previsão legal. No caso do Direito da Concorrência, apesar de haver previsão normativa do controle externo, a falta de um enquadramento consistente do conceito pode levar também a relevantes distorções que, em lugar de ignorar exercícios concretos de poder de fato, expandem demasiadamente o conceito para conduzir à formação de grupo econômico.

No que diz respeito à primeira hipótese, pode-se mencionar acórdão do Superior Tribunal de Justiça prolatado em 1991, no qual litigavam a Rede Globo e sua afiliada TV Aratu, em virtude da denúncia de contrato que autorizava a reprodução do conteúdo produzido pela primeira na área de atuação da segunda, levando ao completo encerramento de suas atividades. Na ocasião, em que pese se tenha destacado inclusive como “simpática” a tese exposta por Fábio Konder Comparato em

20 SCOGNAMIGLIO, Giuliana. I gruppi e la riforma del diritto societario. **Rivista di politica economica**. v. 92, n. 9, p. 253-277, 2002

21 PASTERIS, Op. cit., pp. 37-38.

22 SCOGNAMIGLIO, Giuliana. Clausole generali, principi di diritto e disciplina dei gruppi di società. **Orizzonti del diritto commerciale**. v. 1, 2018.

23 HERMAN, Edward S. **Corporate control, corporate power: a twentieth century fund study**. Cambridge: Cambridge University Press, 1981. p. 26-27.

parecer acostado aos autos de que haveria controle externo e, por conseguinte, responsabilidade da Rede Globo²⁴, entendeu o STJ, na trilha do voto do Ministro-Relator, que inexistiria no direito brasileiro hipótese de controle não societário.

Da mesma maneira, ao analisar a influência dominante da União sobre um fundo de investimento composto exclusivamente por fundos de pensão de empresas estatais, entendeu o Tribunal de Contas da União que “não há jurisprudência que dê suporte ao chamado ‘controle societário externo’, uma modalidade de controle societário defendida por parte dos doutrinadores e que se apoia no conceito de influência dominante”²⁵.

De fato, o reducionismo da legislação societária brasileira ao deixar de tratar expressamente do controle externo – e, por conseguinte, ao adotar conceitos estritos de acionista controlador no artigo 116 da Lei das S/A e de sociedade controlada no artigo 243, § 2º, do mesmo diploma – prejudicam em grande medida a construção de critérios objetivos de constatação de tal fenômeno e, conseqüentemente, de regime de responsabilidade proporcional ao poder exercido²⁶. Diante disso, as economias de custos de transação decorrentes da estruturação de controle externo tornam-se verdadeiramente nefastas, já que se aproveitam de zona de penumbra da legislação para controlar outras sociedades sem a observância de deveres e mesmo sem o devido regime de responsabilidade²⁷.

A falta de maior amadurecimento do conceito no âmbito do Direito Societário, nesse sentido, acaba por conduzir a um cenário de ausência de critérios que ou conduz à mencionada conclusão pela inexistência do instituto no direito brasileiro ou a cenário no qual o conceito é enunciado, mas não detalhado. No caso específico do Direito da Concorrência, produz-se situação ainda mais complexa, na medida em que o controle externo é expressamente reconhecido pelo CADE, porém ainda carece de maior detalhamento e desenvolvimento a respeito de seus contornos dogmáticos, notadamente em virtude da ausência de critérios para a sua constatação. Urge, portanto, não somente que se identifique e defina o conceito de controle externo de maneira ampla, como também que se desenvolva critérios operacionais de verificação desse fenômeno, de modo a contribuir para a adequada aplicação da própria legislação concorrencial.

3. A NECESSÁRIA CONSTRUÇÃO DE CRITÉRIOS CONSISTENTES PARA

24 Vale destacar alguns dos trechos do parecer de Fábio Konder Comparato colacionados no acórdão do recurso em questão: “Ora, a formação de grupo econômico de subordinação com controle externo implica a atribuição, à empresa controladora, de um status jurídico especial, com deveres e responsabilidades próprios. A empresa controladora passa a responder, perante a controlada, por qualquer manifestação de abuso de controle. Aplica-se à hipótese, pela via analógica, o conjunto de regras constantes dos arts. 116 e 117 da lei de sociedades por ações. [...] Constitui manifestação de abuso de poder de controle a dissolução de um grupo de empresas, pelo controlador, sem nenhuma razão de ordem econômica ou técnica, ou, o que é pior, unicamente para satisfazer os interesses de uma empresa concorrente da controlada” (STJ, Recurso Especial nº 15.247, Relatora Ministro Dias Trindade, 3ª Turma, julgado em 10/12/1991, publicado no Diário de Justiça em 17/02/1992).

25 TCU, Acórdão 1306/2013, Relator Ministro Valmir Campello, Plenário, julgado em 29/05/2013.

26 MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 249.

27 MUSSI, Luiz Faniel Rodrigues Haj; CARVALHO, Ricardo Siqueira. Análise econômica do direito e poder de controle externo nas sociedades anônimas. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **Reflexões acerca do direito empresarial e a análise econômica do direito**. Curitiba: GEDAI, 2014. p. 183.

A IDENTIFICAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO: A RELEVÂNCIA DA POLÍTICA FINANCEIRA

Considerando a relevância do fenômeno do controle externo para a organização da atividade econômica, é preciso que sejam desenvolvidos critérios capazes de minimamente verificar a ocorrência do fenômeno, sem que, de um lado, sejam prejudicados modelos de negócio baseados na cooperação interempresarial, e, de outro, se instaure verdadeiro ambiente de irresponsabilidade organizada²⁸. Em que pese seja possível identificar o controle externo em inúmeras situações de fato, faz-se necessário estabelecer o “conteúdo mínimo fundamental para se poder afirmar a respectiva existência”, tendo em vista a ausência de definição geral e operacional do fenômeno, como também ocorre com a direção unitária que serve para qualificar os grupos econômicos²⁹.

É evidente que a diferenciação das formas de organização do poder econômico apresenta uma série de desafios para a missão de produzir critérios para a identificação do controle externo, porém já se demonstrou que a transformação da atividade econômica está condicionada pelas amarras institucionais e sociais que a constroem e pelo ímpeto de redução de custos de transação por parte dos agentes econômicos. Certamente que a simples reflexão sobre a alocação adequada dos interesses internos não seria suficiente, sendo necessário estabelecer relações externas razoavelmente estáveis, seja com parceiros comerciais, seja com o mercado como um todo³⁰.

Conforme notou Fligstein, a complexidade das estratégias de sobrevivência das empresas produziu novas formas de controle, capazes de gradativamente fornecer lucros estáveis e satisfatórios a partir da diversificação de investimentos e de estruturas, culminando com a concepção financeira do controle, segundo a qual o poder econômico não diz respeito necessariamente ao conhecimento profundo de determinado setor ou mercado, mas é alimentado pelo julgamento quanto à lucratividade de determinado investimento³¹.

Em que pese serem criticáveis algumas das posturas assumidas em virtude do controle financeiro, nomeadamente o raciocínio a curto prazo pela maximização de utilidade, que, no mais das vezes, tende a deixar de lado outros interesses relevantes³², tanto a construção histórica e social do controle das sociedades quanto os incentivos econômicos e sociais relacionados à organização da atividade econômica passam pela concepção financeira. Ao se defender que o controle externo é determinado pela intervenção sobre a política financeira, obviamente que não se ignora aspectos sociais, reputacionais, e outros elementos (que podem até se aproximar da irracionalidade³³) que permeiam a atividade empresarial, porém o que se sustenta é que o critério financeiro é o impulso

28 TEUBNER, Gunther. *Networks as connected contracts* [edição eletrônica]. Oxford: Hart Publishing, 2011.

29 ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedades**: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. Coimbra: Almedina, 2002. p. 120-121.

30 FLIGSTEIN, Op. cit., 1993, p. 5.

31 FLIGSTEIN, Op. cit., 1993, pp. 29-30.

32 Ver, por todos: FLIGSTEIN, Neil; SHIN, Taekjin. Shareholder value and the transformation of the U.S. Economy, 1984-2000. **Sociological forum**. v. 22, n. 4, p. 399-424, out. 2007.

33 AKERLOF; George; SHILLER, Robert. **Animal spirits**: How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism. Princeton: Princeton University Press, 2009.

fundamental e imprescindível para que determinada relação de dominação possa ser firmada, sob pena de estar a influência de uma sociedade sobre a outra limitada à mera sugestão ou orientação de um agente externo aos gestores de outra sociedade.

O critério da intervenção sobre a política financeira não é estranho ao direito. Isso porque, conforme demonstra Engrácia Antunes³⁴, muito embora possa envolver aspectos como uma filosofia geral comum, uma estrutura geral compartilhada, objetivos e estratégias comuns e mesmo uma política geral de funcionamento, a direção unitária que qualifica os grupos econômicos tem por característica fundamental a unidade da política financeira, “o que permite centralizar as decisões relacionadas à afetação dos lucros distribuíveis, à constituição de reservas, às prioridades de investimento, à concessão de créditos e, sobretudo, às fontes de financiamento”³⁵.

Nesse sentido, salienta Engrácia Antunes – em raciocínio pertinente aos grupos, mas que evidentemente se aplica também ao controle externo –, ao tratar da direção unitária, que se lhe pode definir: (i) a partir de uma definição ampla, segundo a qual ocorre direção unitária quando há direção central, não somente sobre as finanças, mas sobre qualquer área funcional da gestão das sociedades subordinadas³⁶; ou (ii) a partir de uma concepção mais estreita, segundo a qual, por ser a gestão financeira o núcleo da condução das sociedades, sendo inclusive indelegável pelos administradores, somente haverá direção unitária quando as competências de planificação, execução e fiscalização da política financeira do grupo estiverem centralizadas na sociedade-mãe³⁷.

Por mais que os *outsiders* clássicos tendam a não interferir na gestão da sociedade com a qual se relacionam, o capitalismo financeiro faz com que, ainda que tais sujeitos sejam formalmente desligados da gestão empresarial, os financiadores surjam como verdadeiro “terceiro poder” na condução dos negócios sociais, sobretudo em grandes contratos de financiamento que excedam os valores considerados normais para a sociedade e, assim, atinjam diretamente a sua política financeira³⁸.

No caso do controle externo, igualmente se pode pensar que, de um lado, haverá controle sobre determinada sociedade por parte de um ente externo a partir do momento em que for dado ao segundo definir a política administrativa da primeira; e, de outro, que a dominação ocorrerá apenas se essa influência for capaz de vincular as decisões sobre a política financeira da controlada. Como já se adiantou, entende-se que é a definição da política financeira que importará na instauração de controle externo, especialmente por duas razões fundamentais: (i) a influência administrativa não necessariamente vincula a gestão financeira e, por conseguinte, pode modificar tão somente questões periféricas aos planos de ação mais centrais da sociedade; e (ii) a definição de estratégias administrativas não necessariamente importa em controle, mas tão somente pode levar a relação de dependência econômica que, como já se demonstrou, não é suficiente para instaurar controle externo e é parte integrante dos contratos empresariais de cooperação (nomeadamente os relacionais ou

34 ANTUNES, Op. cit., 2002, pp. 116-117.

35 FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 187-189.

36 ANTUNES, Op. cit., 2002, p. 122.

37 ANTUNES, Op. cit., 2002, p. 121-122.

38 OLIVEIRA, Ana Perestrelo. **Manual de governo das sociedades** [edição eletrônica]. Coimbra: Almedina, 2017. p. 328-332.

híbridos) de maneira geral.

Não obstante, tal compreensão certamente não é pacífica. Isso porque, para além de o Direito Societário brasileiro ainda não ter pacificado uma definição de controle externo e mesmo de, por vezes, taxativamente negar a sua existência, outros ramos do direito que empregam o controle empresarial externo como categoria operacional, como é o caso do Direito da Concorrência, tendem a utilizar critérios excessivamente amplos que não necessariamente se coadunam com a natureza do fenômeno, como se mostrará detidamente no tópico a seguir.

4. O CONTROLE EXTERNO NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: ABORDAGEM CRÍTICA DO POSICIONAMENTO DO CADE SOBRE A MATÉRIA

4.1. A construção de critérios para a constatação do controle externo no Direito da Concorrência

O interesse do Direito da Concorrência no controle externo decorre principalmente do regime de notificação prévia de Atos de Concentração e dos requisitos de faturamento mínimo dos *grupos envolvidos* nas operações de concentração econômica, nos termos do artigo 88 da Lei nº. 12.529/2011. Isso porque, constatado o controle externo, configura-se grupo econômico para as finalidades concorrenciais, na medida em que este se caracteriza pela “orientação concorrencial central definida na cúpula do referido grupo, seja qual for sua forma de constituição, da qual se espera cumprimento pelos demais integrantes daquele agrupamento de sociedades”³⁹. Dessa maneira, a extensão dos grupos econômicos das sociedades interessadas pode ser bastante incrementada se consideradas as sociedades externamente controladas, inclusive em virtude do § 1º, I, do art. 4º da Resolução nº. 2/2012, do Cade, segundo o qual considera-se integrantes do grupo econômico “as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo”.

O que se pretende demonstrar a partir da exposição dos principais aspectos dos casos que chegaram ao Cade e que foram associados à noção de controle externo é que o Direito da Concorrência ainda carece de uma definição consistente para o fenômeno, notadamente em virtude do fato de que pode haver dependência econômica e mesmo outros indícios de direção unitária sem que haja efetiva dominação não-societária. É claro que a constatação desses indícios deve ocorrer em concreto, sobretudo para que se verifique se a formação de grupo econômico é constatação consistente com as condições econômicas e financeiras em que se dá a operação em questão. A complexidade desse tipo de análise ainda aumenta quando se acolhe a premissa que, na atualidade, uma miríade de arranjos contratuais é pautada na dependência econômica – sem que necessariamente essa dependência se traduza em dominação.

Pontua Champaud, nesse sentido, que pode ser interessante a estruturação de um sistema de indícios de dependência destinados a evidenciar manifestações efetivas da dominação econômicas - e, em última análise, do controle. Isso porque, segundo o autor, a mera dependência ou a existência de algum grau de subordinação de uma sociedade perante outra deve no mínimo constituir

39 FRAZÃO, Op. cit., 2017, p. 19.

indício para que se possa investigar se a sociedade “dominada” faz parte de grupo econômico⁴⁰.

Dessa maneira, indicio relevante de dependência econômica seria justamente a existência de arranjo contratual por meio do qual a sociedade dominante determina a escolha dos produtos ou condições de produção da sociedade dominada, situação que se confirma mediante a análise das origens, as condições de exercício e das perspectivas de implementação dessa sujeição. Acontece que a existência de contratos especificamente voltados à instauração de relação de dependência é apenas exemplo mais explícito de fenômeno que pode ocorrer no âmbito de cláusulas específicas que fixem margens de comercialização, regras de ação comercial, obrigações de recorrer a prestadores de serviço específico (como, por exemplo, a uma determinada instituição financeira), regras de conduta financeira específica e, em última análise, objetivos relacionados ao orçamento, aos investimentos e às finanças da sociedade subordinada⁴¹.

Dessa forma, não se pode descartar que mesmo contratos que tradicionalmente deixam de provocar preocupações concorrenciais e muitas vezes sequer se amoldam aos critérios de notificação obrigatória podem conter elementos que verdadeiramente conferem a uma das partes poder de ingerência sobre o cerne dos negócios de outras sociedades. Pode-se mencionar, nesse sentido, as conclusões a que chegou o Cade na análise dos Atos de Concentração 08012.002870/2012-38, 08012.006706/2012-08, 08012.003898/2012-34 e 08012.003937/2012-01, requeridos pela Monsanto Brasil e, respectivamente, pelas sociedades Syngenta Proteção de Cultivos, Nidera Sementes, Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola e Don Mario Sementes⁴².

Naquela ocasião, em que pese se tratasse de contratos de transferência de tecnologia sem exclusividade, como asseverou a Conselheira Ana Frazão, as suas cláusulas “deixavam claro que não se estava diante de um simples contrato de licença de patentes, mas de um arranjo contratual que permitia a interferência da licenciante nas decisões estratégicas das licenciadas, revelando o exercício de controle externo pela Monsanto e/ou a existência de uma cooperação diferenciada entre as contratantes”⁴³. Note-se, por conseguinte, que a constatação do controle externo é necessariamente casuísta pelo fato de estar voltada à análise de elementos concretos que são naturalmente dinâmicos e variam de caso a caso, no entanto é de rigor que a análise desses elementos seja pautada por critérios consistentes de constatação de dominação por instrumentos não societários.

Não é por outro motivo que Champaud assinala que a constatação de relações de dependência econômica tendentes à dominação passa justamente pela análise de documentos que possam atestar a intervenção sobre a política financeira, como livros sociais, contas e outros documentos contábeis da sociedade controlada. Isso porque, ainda segundo Champaud, apontar um indicio de

40 CHAMPAUD, Op. cit., 1972, p. 29-36.

41 CHAMPAUD, Op. cit., 1972, p. 29-36.

42 Cade, AC 08012.002870/2012-38, Relator Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, julgado em 28/08/2013; Cade, AC 08012.006706/2012-08, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28.08.2013; Cade, AC 08012.003898/2012-34, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28/08/2013; e Cade, AC 08012.003937/2012-01, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28/08/2013.

43 Ver, nesse sentido: PRATA DE CARVALHO, Angelo. **Os contratos híbridos como formas de organização jurídica do poder econômico**: aspectos dogmáticos e a postura do Cade no caso Monsanto. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2017.

dependência é uma coisa e admiti-lo como prova de pertencimento a um grupo econômico é outra completamente distinta, de sorte que é de rigor avaliar a força persuasiva desses indícios.

Por essa razão, conclui Champaud que dificilmente se pode pensar em critérios apriorísticos para que se constate o pertencimento de determinada empresa a um grupo econômico - já que, segundo o autor, diante da complexidade da sociedade e da economia atuais, “o tempo dos critérios já passou” -, porém é fundamental analisar em concreto situações de dependência para que, a partir da interpretação de indícios de sujeição, eventualmente se constate a existência de poder de controle (ou, como prefere dizer o autor, o pertencimento a determinado grupo econômico)⁴⁴.

Nesse sentido, longe de se adotar postura estritamente formalista para a constatação de controle externo – o que subverteria o princípio da primazia da realidade sobre a forma que deve pautar a análise concorrencial –, é necessário que o critério para a verificação da dominação seja capaz de perceber que determinadas figuras contratuais efetivamente são orientadas por vínculos de dependência e mesmo por uma cooperação intensa entre as partes, o que não necessariamente significará que entre elas há direção unitária.

4.2. Análise da jurisprudência do Cade sobre o tema

Cabe verificar, com base nos pressupostos acima demonstrados, de que maneira a jurisprudência do Cade tem se posicionado quanto aos critérios de constatação do controle externo e em que medida se pode construir parâmetro geral pautado pela dominação sobre a política financeira como diretriz interpretativa sobre os indícios dessa dominação, para que então se lhes apliquem as consequências que são próprias do controle de estruturas, notadamente a configuração de grupo econômico.

Conforme se depreende de julgados recentes do Cade, apesar de existirem referências inclusive à noção de controle externo formulada por Fábio Konder Comparado, parece existir pouca distinção entre a noção de controle externo e a de “entidade econômica única”, mesmo porque o texto da Resolução nº. 2/2012 parece conduzir a essa indistinção. Nesse sentido, no âmbito do Ato de Concentração nº. 08700.000395/2019-83, pontuou a Superintendência-Geral do Cade que as circunstâncias que podem caracterizar o exercício de controle externo podem ser resumidas a: (i) atuação como entidade econômica única, com a definição de estratégias de negócio (principais variáveis econômicas – questões mercadologicamente relevantes) e apresentação ao mercado como único agente; e (ii) existência de relação de subordinação e dependência entre empresas, incluindo poder de decisão sobre a atividade de outrem (ou mesmo controle unitário)⁴⁵.

De fato, faz sentido a referência à direção unitária quando se analisa o fenômeno do controle, que, mesmo segundo a Resolução nº. 2/2012, pode ser interno ou externo, na medida em que é a direção unitária critério para a configuração de grupo econômico. Além disso, faz-se referência a controle comum, o que acrescenta novo grau de complexidade à discussão que não necessariamente contribui para o esclarecimento dos elementos existentes. Em que pese a noção de controle comum

44 CHAMPAUD, Op. cit., 1972, p. 29-36.

45 Cade, 08700.000395/2019-83, SG, julgado em 01/03/2019.

encontrar significados distintos no Direito Societário, nesse caso, evidentemente se estará investigando a existência de grupo econômico no sentido adotado pelo Direito da Concorrência, porém ainda assim não se descarta a busca pela direção unitária enquanto resultado do exercício do poder de controle, seja ele interno ou externo. Foi o que ocorreu recentemente em Ato de Concentração no qual a Unilever NV e a Unilever PLC, empresas com bases societárias distintas, foram consideradas integrantes de um mesmo grupo pelo fato de constituírem dois braços de uma entidade econômica única, tendo em vista um grande conjunto de operações em comum levados a cabo entre as empresas⁴⁶.

Situação semelhante foi verificado em caso envolvendo a PricewaterhouseCoopers, em que se entendeu que a “Rede PwC” (formada por diversos entes autônomos que prestam serviços específicos) operaria como entidade econômica singular marcada pela interdependência entre seus integrantes, que ostentavam marca comum (embora com nível de autonomia bastante diverso do que se verificaria, por exemplo, em redes de franquias) e seguiam regras profissionais e regras de serviços uniformes, com gestão e tomada de decisão centralizadas⁴⁷. Nesse caso, tendo em vista o princípio da primazia da realidade sobre a forma e o fato de existirem mecanismos de controle não societário na espécie, entendeu-se que se deve entender a “Rede” como entidade econômica única.

Verifica-se, portanto, que no caso acima mencionado buscou-se justamente analisar indícios de direção unitária relacionados à unidade de gestão, notadamente quando à centralização do poder de tomada de decisão. O controle externo, assim, em lugar de ser definido a partir do efetivo exercício de dominação de uma sociedade sobre a outra, foi concebido como o resultado de um conjunto de indícios relacionados à forma de condução dos negócios dos agentes econômicos envolvidos.

Não sem motivo, a Superintendência-Geral do Cade, ao fazer referência ao caso em outro julgado, entendeu que o Cade verificou no caso Unilever os seguintes fatores de “*controle externo*” e “*entidade econômica única*”: (i) alto grau de integração entre as empresas; (ii) operação conjunta; (iii) interdependência; (iv) identidade comum; (v) políticas comuns relacionadas à estratégia, marca, risco e qualidade, adoção de uma metodologia de vinculação comum e coordenada; (vi) ausência de concorrência entre as empresas-membro da rede; (vii) o fato de que as empresas-membro sempre se apresentaram como parte do Grupo PwC perante o Cade, dentre outros elementos⁴⁸.

De fato, vários dos elementos supramencionados podem conduzir à conclusão segundo a qual há efetiva dominação sobre a política financeira de outra sociedade, especialmente em virtude da constatação de direção unitária. Contudo, cabe salientar que não se detalhou a metodologia de exercício do aludido *controle* externo que serviria denexo funcional entre todos esses elementos, passo este que é fundamental para que se diferencie um conjunto de contratos de cooperação – que não necessariamente são atos de concentração, até por que os contratos empresariais na atualidade são em grande medida marcados pela cooperação e ainda assim apresentam interesses contrapostos, como sôí ocorrer nos chamados contratos híbridos⁴⁹ – de arranjos contratuais capazes de estru-

46 Cade, AC 08700.002108/2018-99, SG, julgado em 09/04/2018.

47 Cade, AC 08700.006238/2015-58, SG, julgado em 16/07/2015.

48 Cade, AC 08700.002108/2018-99, SG, julgado em 09/04/2018.

49 PRATA DE CARVALHO, Op. cit., 2016.

turar controle externo.

É diante disso que se faz de rigor a existência de um critério para a configuração do controle externo baseado na dominação financeira, na medida em que questões administrativas relacionadas ao *modus operandi* de determinada operação econômica não necessariamente implicam direção unitária. O controle externo, assim, não consiste simplesmente em variante contratual do controle societário, mas de fenômeno econômico *sui generis* que conta com critérios e pressupostos próprios.

Observe-se, no entanto, que a postura comumente adotada pelo Cade tende a associar o controle externo a relações de subordinação e dependência, mas sem grande aprofundamento sobre qual tipo de subordinação e qual tipo de dependência pode ser capaz de levar à formação de grupo econômico. Nesse sentido, em análise da jurisprudência da autarquia, asseverou a Superintendência-Geral do Cade nos autos do Ato de Concentração 08700.001750/2020-75⁵⁰ que “A partir dos casos julgados, conclui-se que o exercício do controle externo pode ocorrer: (i) quando há atuação como entidade econômica única, com a definição de estratégias de negócio (variáveis econômicas e questões mercadologicamente relevantes) e apresentação perante o mercado como único agente; e (ii) quando da existência de relação de subordinação e dependência entre empresas, incluindo poder de decisão sob a atividade de outrem (ou mesmo o controle unitário)”.

A falta de um critério autônomo para a constatação de controle externo – seja na Resolução 2/2012, seja na própria jurisprudência –, por conseguinte, tende a submeter um relevante conjunto de contratos marcados pela dependência econômica à classificação como grupo econômico, notadamente os chamados contratos empresariais de cooperação. Pode-se mencionar, nesse sentido, recente julgado do Cade em que se entendeu que existiria controle externo no âmbito da rede de franquias Chilli Beans – negócio jurídico que, por sua própria natureza, consiste na uniformização de uma série de elementos da empresa franqueadora nas atividades da franqueada, uma vez que se funda justamente na formulação de diretrizes para a replicação de um modelo de negócios específico, o que não afasta o fato de que, em linhas gerais, cada agente econômico integrante da rede de franquias arca com seus próprios riscos e apresenta interesses contrapostos com relação a outros integrantes da rede.

No caso concreto, muito embora tenha a Superintendência-Geral do Cade admitido que não necessariamente ocorre controle externo nos contratos de franquia, entendeu-se que, diante das responsabilidades administrativas e financeiras atribuídas aos franqueados, existiria controle externo, uma vez que se exigia: (i) a realização de investimentos próprios dos franqueados com a unidade; (ii) a responsabilização exclusiva dos franqueados por custos e despesas relacionados ao funcionamento do negócio (tais como a aquisição de insumos e mercadorias, o registro e pagamento de encargos relacionados ao ponto de venda, dentre outros); (iii) a existência de regras rígidas de gestão e operação do sistema, uma vez que “a parte comercial de como serão ofertados os produtos no mercado depende totalmente das diretrizes estabelecidas pelo franqueador (tendo maior controle sobre a atividade-fim do franqueado)”; (iv) a existência de forte relação de dependência entre franqueador e franqueados, sem a qual os franqueados teriam maior liberdade na oferta dos produtos sob a marca do franqueador; (v) a existência de penalidades pelo descumprimento das determinações do

50 Cade, AC 08700.001750/2020-75, SG, julgado em 02/05/2020.

franqueador⁵¹.

Logicamente, a ocultação de determinadas informações da versão pública do parecer da Superintendência-Geral do Cade impede que se produza juízo completo a respeito da decisão da autarquia, porém é certo que as características apontadas não necessariamente são capazes de desnaturar o contrato de franquia – caracterizado não somente pela cooperação entre as partes, mas pelo compartilhamento de determinados atributos (como marca, *know how*, procedimentos e métodos, dentre outros) capazes de proporcionar a replicação do modelo de negócios de sucesso do franqueador, o que geralmente produz relação de dependência econômica – e, em determinados casos, instaurar controle externo. Em outras palavras, o próprio escopo da franquia determina a coletivização da ação dos agentes sem socializar a responsabilidade⁵² e a própria existência de dependência econômica, de tal maneira que, evidentemente, abusos devem ser coibidos, mas tão somente na medida em que desviarem-se da função econômica do contrato.

Em verdade, o Cade já tratou de situações nas quais contratos interempresariais ocultavam relações de controle externo⁵³, porém a autarquia sempre foi bastante clara ao dizer que existiria verdadeira integração em virtude não da replicação de modelo de negócios da empresa mais poderosa, mas justamente da possibilidade de definição do destino do patrimônio e da política financeira da empresa subordinada. A indefinição conceitual sobre o controle externo no Direito da Concorrência, por conseguinte, dificulta tanto a construção dogmática dessa categoria quanto a possibilidade de que esta sirva como unidade de análise suficientemente consistente para que seja aplicada no controle de concentrações.

Seja no Direito da Concorrência, seja no Direito Societário, é imperioso que se construa critério operacional de identificação e definição do controle externo, que deve consistir na definição da política financeira da empresa controlada, a refletir a dominação sobre as decisões verdadeiramente estratégicas. É claro que, restando claro que o evento apto a qualificar relação de controle externo é a definição da política financeira, é necessário também explorar as maneiras pelas quais são modificados os interesses que permeiam a atividade empresarial e, em última análise, o interesse social da empresa externamente controlada e a responsabilidade de seu controlador. De toda sorte, para os efeitos pretendidos pelo Direito da Concorrência, é importante que no mínimo o controle externo seja constatado a partir de critério claro que tanto seja capaz de constatar as diversas formas de dominação que possam vir a existir quanto seja sensível às funções econômicas dos negócios jurídicos analisados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle empresarial externo apresenta-se como forma organizacional própria do movi-

51 Cade, AC 08700.000395/2019-83, SG, julgado em 01/03/2019.

52 TEUBNER, Gunther. Beyond contract and organization? The external liability of franchising systems in German Law. In: JOERGES, Christian. **Franchising and the law**: das Recht des Franchising. Baden: Nomos, 1991.

53 Cade, AC 08012.002870/2012-38, Relator Conselheiro Marcus Paulo Veríssimo, julgado em 28/08/2013; Cade, AC 08012.006706/2012-08, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28/08/2013; Cade, AC 08012.003898/2012-34, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28/08/2013; Cade, AC 08012.003937/2012-01, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, julgado em 28/08/2013.

mento de contratualização dos processos produtivos, instaurando situações de dominação mesmo a contragosto de agentes inicialmente independentes que, a partir de relações contratuais marcadas pela dependência econômica, passam a responder a terceiros, cujo poder, definido por instrumentos contratuais ou mesmo pelo ambiente negocial em que ocorre a relação, dificilmente encontra correspondência em institutos jurídicos consagrados pelo ordenamento.

Como se pretendeu demonstrar ao longo do presente trabalho, a simples enunciação da existência do fenômeno do controle externo, e especialmente o seu reconhecimento teórico acompanhado de sua inaplicabilidade prática, tende a ignorar situações relevantes de exercício de poder econômico sem atribuir a devida responsabilidade ao seu titular. Dessa forma, fez-se imperioso não somente expor e demonstrar a pertinência do instituto do controle externo para com o direito brasileiro, como também propor critérios consistentes para sua identificação. Tal esforço se justifica inclusive diante da desconhecida fragmentação dogmática da noção de controle, muitas vezes perdida em seu próprio formalismo ou mesmo na ausência de consistência conceitual.

No que se refere especificamente ao Direito da Concorrência, é fundamental que se conceba o controle externo como modalidade autônoma de exercício do poder empresarial, e não simplesmente como subcategoria do controle societário que, dessa maneira, poderia ser interpretada a partir dos mesmos pressupostos. Assim, por mais complexa que seja a análise em concreto dos indícios que possam levar à dominação *ab extra* que é própria do controle externo, é necessário que os indícios a ela submetidos sejam interpretados segundo critério que verifique a existência de dominação sobre a política financeira da controlada, de tal maneira a configurar efetiva condução dos seus negócios pela controladora externa. Isso porque, considerando a intensa cooperação que marca os negócios empresariais na atualidade e mesmo a dependência econômica que marca alguns desses negócios, não cabe construir noção de controle externo que sirva para desnaturar operações econômicas em que se preservam interesses contrapostos. O instituto, por conseguinte, longe de servir como panaceia para a constatação de grupo, deve ser orientado por critério que efetivamente analise as relações de dominação que o qualificam.

6. REFERÊNCIAS

AKERLOF; George; SHILLER, Robert. **Animal spirits**: How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism. Princeton: Princeton University Press, 2009.

ALLAM, Delila. Les raisons d'être de la franchise dans les transactions de services aux entreprises. **Management & avenir**. n. 22, p. 137-154, 2009.

ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedades**: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária. Coimbra: Almedina, 2002.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

CHAMPAUD, Claude. **Le pouvoir de concentration de la société par actions**. Paris: Librairie Sirey, 1962.

CLAEYS, Stijn. **Franchising**: tussen zelfstandigheid en afhankelijkheid: een onevenwichtige samenwerking? Brugge: Business and economics, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio

de Janeiro: Forense, 2005.

FLIGSTEIN, Neil; SHIN, Taekjin. Shareholder value and the transformation of the U.S. Economy, 1984-2000. **Sociological forum**. v. 22, n. 4, p. 399-424, out. 2007.

FLIGSTEIN, Neil. **The transformation of corporate control**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

HERMAN, Edward S. **Corporate control, corporate power**: a twentieth century fund study. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminary study. **American Sociological Review**. v. 28, n. 1, p. 55-67, fev. 1963.

MÉNARD, Claude. **Le pilotage des formes organisationnelles hybrides**. *Révue économique*. v. 48, n. 3, p. 741-750, maio 1997.

MESSINEO, Francesco. **Studi di diritto delle società**. Milão: Giuffrè, 1949.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MUSSI, Luiz Faniel Rodrigues Haj; CARVALHO, Ricardo Siqueira. Análise econômica do direito e poder de controle externo nas sociedades anônimas. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **Reflexões acerca do direito empresarial e a análise econômica do direito**. Curitiba: GEDAI, 2014.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo. **Manual de governo das sociedades** [edição eletrônica]. Coimbra: Almedina, 2017.

PASTERIS, Carlo. **Il controllo nelle società collegate e le partecipazioni reciproche**. Milão: Giuffrè, 1957.

PEREIRA, Guilherme Döring da Cunha. **Alienação do poder de controle acionário**. São Paulo: Saraiva, 1995.

PRATA DE CARVALHO, Angelo. **Controle empresarial externo**: a intervenção sobre a política financeira como critério de responsabilização do controlador. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. A função regulatória dos contratos: regulação e autonomia privada na organização do poder econômico. **Revista de direito setorial e regulatório**. v. 5, n. 1, p. 91-114, 2019.

PRATA DE CARVALHO, Angelo. Os contratos híbridos como formas de organização jurídica do poder econômico: aspectos dogmáticos e a postura do Cade no caso Monsanto. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2017.

PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba. Os contratos híbridos como categoria dogmática: características gerais de um conceito em construção. **Revista Semestral de Direito Empresarial**, n. 19, p. 181-229, jul./set. 2016.

SCOGNAMIGLIO, Giuliana. Clausole generali, principi di diritto e disciplina dei gruppi di società. **Orizzonti del diritto commerciale**. v. 1, 2018.

SCOGNAMIGLIO, Giuliana. I gruppi e la riforma del diritto societario. **Rivista di politica economica**. v.

92, n. 9, p. 253-277, 2002.

TEUBNER, Gunther. **Networks as connected contracts** [edição eletrônica]. Oxford: Hart Publishing, 2011.

TEUBNER, Gunther. Beyond contract and organization? The external liability of franchising systems in German Law. In: JOERGES, Christian. **Franchising and the law: das Recht des Franchising**. Baden: Nomos, 1991.