

VOLUME

11

NÚMERO 1

2023

JULHO

ISSN 2318-2253

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO CADE

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Volume 11 – Julho de 2023 – 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.

Elvino de Carvalho Mendonça, UNB, Brasília, Brasil

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

Ana Carolina Correa da Costa Leister

Braulio Cavalcanti Ferreira

Caio Carvalho Correia Barros

Déborah Lins e Nóbrega

Iara do Espírito Santo

Isabela Neves Ferraz

Keila de Sousa Ferreira

Marina Costa 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

Adriano Camargo Gomes, USP, São Paulo, Brasil.

Alden Caribé de Sousa, Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, Espanha.

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 Carolina Correa da Costa Leister, UNIFESP, São Paulo, Brasil.

Ana de Oliveira Frazão, UnB, Brasília, Brasil.

Ananda Portes Souza, UFMG, Belo Horizonte, Brasil.

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

Anna Binotto, USP, São Paulo, 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 Favoretto Rocha, FGV, São Paulo, Brasil.

Daniel Jacomelli Hudler, Uninove, São Paulo, Brasil.

Daniel Tobias Athias, USP, 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.

Fabiana Tito, USP, São Paulo, Brasil.

Felipe Comarela Milanez, UFOP, Ouro Preto, 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.

Leonardo Callado, FGV, Brasil.

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.

Oswaldo Agripino, UFSC, Florianópolis, Brasil.

Otoni Ferreira Filho de Oliveira, FGV, São Paulo, Brasil.

Paula Forgioni, USP, São Paulo, Brasil.

Priscila Brolio Goncalves, USP, São Paulo, Brasil.

Priscilla Craveiro da Costa Campos, FGV, Brasília, Brasil.

Raphael Chaia, UniDBSCO, Curitiba, Paraná.

Raquel Santana, UFSC, Florianópolis, Brasil.

Renata Oliveira, UFRN, Natal, Brasil.

Rutelly Marques da Silva, UFMG, Minas Gerais, Brasil.

Sara Tironi, USP, São Paulo, Brasil.

Sílvia Fagá de Almeida, FGV, São Paulo, Brasil.

Tainá Leandro, UnB, Brasília, Brasil.
Tanise Brandão Busmann, PUC-RS, Porto Alegre, Brasil
Vicente Bagnoli, Mackenzie, São Paulo, Brasil.
Vinicius Klein, UFPR, Paraná, Brasil.
Vinicius Marques de Carvalho, USP, São Paulo, Brasil.
Vivian Terng, USP, São Paulo, Brasil.
Waleska Monteiro, UFG, Goiás, Brasil.

SUMÁRIO

Apresentação	7
Medidas preventivas no antitruste: quando e como aplicar, à luz da experiência recente do Cade <i>Interim measures in antitrust: when and how to apply in the light of CADE's recent experience</i>	9
Indícios econômicos de cartel na revenda de GLP: o caso da operação “Laissez-Faire” <i>Cartel economic signs in the resale of LPG: the case of the “Laissez-Faire” operation</i>	25
Consórcio entre concorrentes e as recentes orientações da Comissão Europeia constantes do <i>Horizontal Guidelines</i> de 2023 <i>Consortium between competitors and the recent guidelines of the European Commission contained in the Horizontal Guidelines of 2023</i>	47
Termo de compromisso de cessação de conduta e acordo de não persecução penal: Uma intersecção vantajosa em casos de cartel <i>Term of commitment to the cessation of conduct and non-criminal prosecution agreement: an advantageous intersection in cartel cases</i>	69
<i>Enforcement</i> antitruste por meio da aplicação do compliance concorrencial em Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) <i>Antitruste Enforcement through Compliance application in Cease and Desist Agreements</i>	88
Atos de Concentração não conhecidos pelo Cade: a necessidade de aprimoramento dos critérios de notificação visando mitigar a insegurança jurídica <i>Merger review cases dismissed by CADE: the need to improve notification criteria aiming to mitigate legal uncertainty</i>	103
Aspectos regulatórios e seus efeitos no setor de água e esgoto do Brasil <i>Regulatory aspects and their effects on the water and sanitation sector in Brazil</i>	127
Processo de responsabilização de pessoas jurídicas: a acumulação das penalidades previstas na Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção na hipótese de fraude em licitação e contratos públicos praticada por empresas associadas na forma de cartel <i>Liability process of legal entities: the accumulation of penalties provided for in the Law of the Brazilian System for the Defense of Competition and in the Anti-Corruption Law in the event of fraud in bidding</i>	

and public contracts practiced by associated companies in the form of a cartel

149

Responsabilização 360°: desdobramentos de um movimento responsivo dissuasório estimulado pela autoridade de defesa da concorrencial

Accountability 360°: developments of a dissuasive responsive movement stimulated by the antitrust authority

169

Uma análise da (in)compatibilidade entre o exercício do *leverage* regulatório e a atuação do Cade na defesa da concorrência no Brasil

An analysis of the (in)compatibility between the exercise of regulatory leverage and CADE's role in the defense of competition in Brazil

186

APRESENTAÇÃO

A Revista de Defesa da Concorrência (RDC) lança seu 11º volume trazendo boas notícias. O periódico recebeu a classificação QUALIS A3 na avaliação quadrienal de 2017-2020, realizada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), órgão vinculado ao Ministério da Educação (MEC). Essa classificação tem o propósito de aferir a qualidade da produção intelectual do periódico científico. Com essa conquista, a RDC fica posicionada logo após os estratos A1 e A2, consolidando-se não apenas nas áreas de “Direito” e “Economia”, mas também em “Engenharias I” e “Administração Pública e de Empresas, Ciências Contábeis e Turismo”.

Outra novidade é que a RDC agora está presente na Scopus. O Scopus é uma base de dados conhecida por sua abrangência e excelência no conteúdo oferecido, além da precisão das ferramentas de pesquisa e análise. Essa indexação é fundamental para ampliar a disseminação dos conhecimentos produzidos pela revista, alcançando com maior efetividade pesquisadores, profissionais e demais interessados nas publicações da RDC.

Destacamos, ainda, que a partir desta edição, a RDC passa a ter a intenção de publicar 10 artigos por semestre. O incremento de 1 artigo decorre do interesse da revista em ser incluída no *Google Metrics*, o que possibilitará, mediante indicadores e métricas, posicionamento e maior visibilidade do periódico. Para isso, dentre outros critérios, a RDC precisa alcançar um total de 100 artigos dentro do período avaliativo estabelecido, o que não foi possível com as 9 publicações semestrais entre 2017 e 2021.

A presente edição da RDC inicia com um texto que analisa os fundamentos para aplicação de medidas preventivas antitruste e como esses fundamentos têm sido abordados pelo Cade em casos recentes. Em seguida, apresenta-se uma pesquisa que teve como objetivo detectar indícios econômicos de cartel na revenda de gás liquefeito de petróleo (GLP) em Nova Andradina e Dourados (MS). O terceiro artigo, sobre consórcio entre concorrentes, examina recentes orientações da comissão europeia constantes do horizontal *guidelines* de 2023.

O quarto texto demonstra as vantagens de celebrar em conjunto o termo de compromisso de cessação de conduta (TCC) e o acordo de não persecução penal (ANPP) em casos de combate a cartel. Em seguida, tem-se um estudo que visa evidenciar como o *enforcement* antitruste pode ser aprimorado por meio da aplicação do *compliance* como instrumento complementar em termos de compromisso de cessação (TCCs), sob à luz da Lei 12.529/11. A sexta pesquisa investiga os motivos para a submissão de operações não obrigatórias à análise prévia do Cade, além de propor melhorias legais, regulamentares ou de *soft law* visando a mitigação desse fenômeno. O sétimo texto, por sua vez, tem como intenção testar quais aspectos regulatórios aumentam a eficiência da prestação de serviços de água e esgoto.

O oitavo artigo avalia a aplicação conjunta das sanções previstas na Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção nas situações de fraude em licitações e contratos públicos, praticados por empresas associadas em cartel. O texto seguinte estuda o movimento

institucional em que a autoridade de defesa da concorrência promove a responsabilização jurídica holística de infratores, conhecido como responsabilização 360°. Finalmente, o último artigo desta edição traz uma pesquisa cujo objetivo é verificar em que medida o instituto do *leverage* regulatório do Cade é compatível com sua atuação na promoção da defesa da concorrência.

A Coordenação Editorial expressa seu agradecimento a todos os autores e avaliadores dos artigos que contribuíram para a realização desta publicação. Ao público da RDC, agradecemos o interesse pela revista e desejamos uma excelente leitura.

Alexandre Cordeiro Macedo

Presidente do Cade

Luis Henrique B. Braido

Editor-chefe da RDC

1

MEDIDAS PREVENTIVAS NO ANTITRUSTE: QUANDO E COMO APLICAR, À LUZ DA EXPERIÊNCIA RECENTE DO CADE¹

Interim measures in antitrust: when and how to apply in the light of Cade's recent experience

Amanda Athayde Linhares Martins²

Universidade de Brasília (UNB) - Brasília/DF, Brasil

Cristianne Saccab Zarzur Chacur³

Pinheiro Neto Advogados – São Paulo/SP, Brasil

Jackson de Freitas Ferreira⁴

Pinheiro Neto Advogados – São Paulo/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: As medidas preventivas no antitruste podem ser instrumentos essenciais para combater os efeitos de condutas anticompetitivas quando não se pode aguardar o desfecho de uma investigação completa. Por outro lado, tais medidas suscitam preocupações, na medida em que, se erroneamente adotadas, podem provocar sérios danos às partes envolvidas e, eventualmente, deixar a dinâmica concorrencial em situação pior do que antes da sua aplicação.

Objetivo: Para que se possa avançar nas discussões sobre o tema, serão discutidos seus critérios-chave de aplicação (*fumus boni iuris e periculum in mora*), os princípios gerais fundamentais (temporiedade, reversibilidade, adaptabilidade, imediatidade, eficácia e proporcionalidade) e

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braidó, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4648392251476133>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 14/12/2022 **Aceito em:** 17/05/2023 **Publicado em:** 31/07/2023

2 Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB, bem como de Concorrência, Comércio Internacional e Compliance. Consultora no Pinheiro Neto Advogados nas práticas de Concorrencial, Compliance e, a partir de 2023, Comércio Internacional. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne. É autora de livros, organizadora de livros, autora de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Comércio Internacional, Compliance, Acordos de Leniência, Defesa Comercial e Interesse Público, Anticorrupção. As opiniões são pessoais e não necessariamente representam a percepção das instituições às quais a autora esteja vinculada. **E-mail:** amandaathayde@unb.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3657244167587179>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-8557-9204>.

3 Sócia do escritório Pinheiro Neto Advogados. Conselheira ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC. Especializada em Direito Econômico e das Empresas pela Fundação Getúlio Vargas/SP, e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. As opiniões são pessoais e não necessariamente representam a percepção das instituições às quais a autora esteja vinculada. **E-mail:** czarzur@pn.com.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/9616022592424710>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5157-6665>.

4 Advogado Sênior do escritório Pinheiro Neto Advogados. Master of Laws (LL.M.) pela Universidade de Chicago e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). As opiniões são pessoais e não necessariamente representam a percepção das instituições às quais o autor esteja vinculada. **E-mail:** jferreira@pn.com.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3361411836464260>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-1107-0309>.

alguns aspectos de política pública concorrencial associados às medidas preventivas *overenforcement*, *underenforcement* e teorias do dano), sempre ilustrados com os precedentes do Cade entre 2020 e 2022 sobre a aplicação ou não de medidas preventivas. O objetivo do artigo é analisar, portanto, os fundamentos para a aplicação das medidas preventivas e, em especial, como eles têm sido abordados nos casos recentes do Cade.

Método: Método exploratório e jurisprudencial.

Conclusões: Dos 8 (oito) casos do Cade entre 2020 e 2022 contabilizados para fins do presente estudo, verifica-se que em 3 (37,5%) houve o indeferimento do pedido de preventiva, em 3 (37,5%) houve o deferimento parcial do pedido e em 2 (25%) houve o deferimento integral do pedido de medida preventiva, sendo que em um destes, porém, houve a reversão da medida judicialmente. Tanto a Nota da OCDE de 2022 quanto a própria experiência da autoridade concorrencial brasileira apontam para a consolidação e – por que não dizer – para a popularização das medidas preventivas, sendo que ele adquire uma importância especial em face dos mercados digitais e dos desafios que eles impõem à análise antitruste.

Palavra-chave: medidas preventivas; antitruste; critérios; princípios.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: Interim measures in antitrust may be essential tools to deter the effects of anticompetitive practices when one cannot wait for the outcome of an investigation. On the other hand, such measures may raise concerns, insofar as, if wrongly adopted, they can cause serious damage to the parties involved and, eventually, the competitive dynamics in the markets would be better off without them.

Objective: This paper aims to discuss the key criteria to apply interim measures, the fundamental general principles, and some public policy aspects. Throughout the paper, those theoretical issues will be illustrated with CADE's case law between 2020 and 2022 on the application or not of interim measures.

Method: Exploratory and jurisprudential method.

Conclusions: Out of the 8 (eight) CADE cases between 2020 and 2022, in 3 (37.5%) there was a denial of the interim measure, in 3 (37.5%) the request was partially granted and in 2 (25%) the interim measure was fully granted, but in one these two latter cases, however, the measure was reversed in court. Both the 2022 OECD Note and the experience of the Brazilian competition authority point to the consolidation and to the popularization of interim measures. It is worth noting that this tool acquires special importance in the face of digital markets and the challenges they impose on antitrust analysis.

KEY-WORDS: interim measures; antitrust; criteria; principles.

Classificação JEL: K21

Sumário: 1. Introdução; 2. Critérios-Chave de aplicação de Medidas Preventivas no Direito Concorrencial; 3. Princípios gerais das Medidas Preventivas no Direito Concorrencial; 4. Aspectos de Política Pública Concorrencial associados às Medidas Preventivas; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.



1. INTRODUÇÃO

As medidas preventivas em matéria concorrencial – também conhecidas como medidas de urgência ou cautelares, ou *interim measures* – podem ser instrumentos essenciais para combater os efeitos de condutas anticompetitivas quando não se pode aguardar o desfecho de uma investigação completa. Por outro lado, tais medidas suscitam preocupações, na medida em que, se erroneamente adotadas, podem provocar sérios danos às partes envolvidas e, eventualmente, deixar a dinâmica concorrencial em situação pior do que antes da sua aplicação.

Em documento de junho de 2022, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (*OECD Competition Policy Roundtable Background Note – Interim Measures in Antitrust Investigations*) – “Nota da OCDE” (OECD, 2022), revelou o resultado de uma pesquisa sobre medidas preventivas em diferentes jurisdições e abordou seus contornos fundamentais e discussões atuais quanto às melhores práticas nesse tema. Novamente, em 2023, o tema das medidas preventivas em investigações antitruste foi abordado pela OCDE, na 5ª edição do *OECD Competition Day*, realizado em Paris, o que evidencia como este tema está sob o foco das reflexões pelas autoridades antitruste.⁵

Neste artigo, comentaremos alguns dos principais resultados da pesquisa da OCDE, passando pelos requisitos fundamentais de consideração e aplicação de medidas preventivas, até considerações de política pública concorrencial associadas a elas. Para fins de concretude, a análise será cotejada com alguns casos recentes envolvendo medidas preventivas no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, de modo a responder à seguinte pergunta: quais os fundamentos das medidas preventivas e, em especial, como eles têm sido abordados nos casos recentes do Cade? Espera-se contribuir para a compreensão desse importante instituto e chamar atenção para a necessidade de ponderação no seu uso, sem deixar de lado importantes reflexões sobre seu papel em searas ainda pouco exploradas, como mercados digitais.

Diante do exposto, vamos apresentar o trabalho em três seções. A primeira abordará o conceito de medidas preventivas e seus critérios-chave de aplicação no direito concorrencial (Seção II). A segunda se dedicará aos princípios gerais das medidas preventivas, tidos como fundamentais nas diversas jurisdições em que o instituto em questão está presente (Seção III). Por sua vez, a terceira sessão abordará aspectos de política pública concorrencial associados às medidas preventivas (Seção IV). Ao final, será apresentada a conclusão (Seção V).

2. CRITÉRIOS-CHAVE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS PREVENTIVAS NO DIREITO CONCORRENCIAL

Segundo a OCDE, medidas preventivas são decisões protetivas e/ou corretivas emanadas de autoridades administrativas ou do Judiciário com o objetivo de conceder alívio temporário até a finalização de uma investigação antitruste (OECD, 2022, p. 6).

A Nota da OCDE é clara em indicar que as medidas preventivas ao redor do mundo dependem de dois critérios-chave (“*key criteria*”) – que seriam seus requisitos fundamentais, ou essenciais – para sua aplicação, qual sejam: (I.1.) *fumus boni iuris*, e (I.2.) *periculum in mora*. Os mesmos requisitos se aplicam nos termos do direito processual civil brasileiro, conforme o art. 300 da Lei nº 13.105/2015,

⁵ A Nota da OCDE de 2022 foi referenciada como um “Key Material” para as discussões de 2023. Mais informações sobre o evento estão disponíveis no link: <https://www.oecd.org/daf/competition/interim-measures-in-antitrust-investigations.htm> (OECD, 2022).

(Código de Processo Civil – “CPC”)⁶ cujas regras se aplicam, em geral, de forma subsidiária aos processos administrativos do Cade.⁷

Nas subseções abaixo, abordaremos, primeiramente, o requisito do *fumus boni iuris* para as medidas preventivas concorrenciais (Subseção II.1.), e, na sequência, abordaremos o *periculum in mora* (Subseção II.2.). A última subseção cobrirá algumas considerações interessantes sobre a dinâmica envolvendo esses dois requisitos na prática (Subseção II.3.).

2.1. *Fumus boni iuris* para medidas preventivas no direito concorrencial

O *fumus boni iuris* (também conhecido como “fumaça do bom direito”) pode ser entendido como a existência de probabilidade de determinada conduta ser anticompetitiva, ou “probabilidade do direito”. Sua presença indica que a conduta alvo da medida preventiva parece, à primeira vista, uma conduta ilícita de fato, de modo que, em tese, haveria mais chances de a investigação ao final confirmar essa ilicitude do que a legitimidade da conduta. Um ponto importante indicado pela Nota da OCDE é que a análise de *fumus boni iuris* se estende também a aspectos como a definição de mercado, *market shares* e dominância, ou seja, uma visão preliminar sobre esses aspectos é necessária para a concessão de uma medida preventiva, ainda que haja alterações da percepção sobre esses aspectos no curso da análise pela autoridade (OECD, 2022, p. 12).

Para Cândido Rangel Dinamarco, tratando do *fumus boni iuris* no Direito Processual Civil – mas cujos fundamentos conceituais também são aplicáveis ao Direito Concorrencial – é patente o aspecto da probabilidade como determinante para a decisão do julgador em sede de tutela cautelar: “Resolve-se em mera probabilidade, que é menos que a certeza subjetiva necessária para decidir o mérito, porém mais que a mera verossimilhança.” E conclui: “Na prática, o juiz deve raciocinar mais ou menos assim: se eu fosse julgar agora, minha vontade seria julgar procedente a demanda.” (DINAMARCO, 2014, p. 338).

2.2. *Periculum in mora* para medidas preventivas no direito concorrencial

O *periculum in mora* (também chamado de “perigo da demora”) pode ser entendido como a urgência da medida para se evitar a continuidade de um dano já verificado ou iminente. A ideia é que, caso a autoridade se quedasse inerte diante dessa situação de urgência, haveria o risco de ineficácia da própria investigação antitruste e de sua conclusão, em decorrência da consumação do dano. Nesse ponto, vale também entender a irreparabilidade versus a irreversibilidade do dano: enquanto algumas jurisdições autorizam medidas de urgência apenas diante da impossibilidade de reparação do dano, mesmo que pela via pecuniária (*damages*) – irreparabilidade – outras jurisdições adotam o critério da irreversibilidade, ou seja, as medidas preventivas deveriam ser concedidas sempre que o dano for irreversível, impossibilitando a volta ao *status quo* ante (situação prévia à conduta anticompetitiva).⁸

6 Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (BRASIL, 2015).

7 Art. 115 da Lei 12.529/2011: Art. 115. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta Lei as disposições das Leis nºs 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 7.347, de 24 de julho de 1985 [Lei da Ação Civil Pública], 8.078, de 11 de setembro de 1990 7.347, de 24 de julho de 1985 [Código de Defesa do Consumidor], e 9.784, de 29 de janeiro de 1999 [Lei de Processo Administrativo Federal] (BRASIL, 2011).

8 No Brasil, fala-se em dano como “lesão irreparável ou de difícil reparação” (art. 84, caput, da Lei no. 12.529/2011) (BRASIL, 2011).



Dinamarco chama atenção para o chamado “juízo do mal maior” na análise do *periculum in mora*, no âmbito do Direito Processual Civil, “*indagando, em cada caso, se o autor sofreria mais se nada fosse feito para conter os males do tempo, ou se sofreria mais o réu em virtude da medida que o autor postula*” (DINAMARCO, 2014, p. 381). Da mesma forma o Cade deve avaliar a posição do requerente em face do requerido e conceder a medida preventiva sempre que o primeiro sofrer mais com os “males do tempo” na pendência da decisão definitiva.

2.3. Considerações associadas aos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* no direito concorrencial

Outra discussão importante é a questão de se o dano causado por ato sujeito à medida preventiva seria um dano contra a ordem concorrencial, ou se bastaria o dano contra um ou mais concorrentes. É verdade que o objetivo do antitruste, como direito público, seja a defesa da concorrência, e não, diretamente, dos concorrentes. Por outro lado, como indicado pela OCDE, é possível que o dano a um ou mais concorrentes afetados pela provável conduta anticompetitiva seja um indicativo de um problema maior no mercado – ou seja, à concorrência – e considerando que o ônus da prova deste último cenário poderia ser muito gravoso (OECD, 2022, p. 13). Ou seja, para fins de uma medida preventiva, o dano a um concorrente e não necessariamente à toda a concorrência, pode ser suficiente.

Esses requisitos são exigidos, em geral, pelas diversas jurisdições, como requisitos cumulativos, e com um “*trade off*”: ainda que tanto o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* devam estar concomitantemente presentes, a força de um dos requisitos pode eventualmente compensar a fraqueza do outro – por exemplo, quanto mais forte o caso seja, *prima facie*, menos exigente poderá ser o critério para se demonstrar urgência para evitar o dano, e vice-versa (OECD, 2022, p. 11). Em outras palavras, se o *fumus boni iuris* for muito forte e evidente, talvez o *periculum in mora* seja um pouco mais fraco, para compensar a dualidade.

A legislação antitruste brasileira (art. 84 da Lei no. 12.529/2011) prevê que o Cade, seja por meio da Superintendência Geral - SG, seja por seu Tribunal, pode aplicar medida preventiva sempre que os requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* estiverem concomitantemente presentes. Além disso, há menção expressa ao objetivo de se voltar ao *status quo* sempre que possível, por meio da aplicação da medida.⁹

Em mercados dinâmicos, especialmente os digitais, discute-se em que medida o *periculum in mora* poderia ser abordado pelas autoridades antitruste sob uma perspectiva menos rigorosa para permitir que intervenham mais cedo e bloqueiem condutas potencialmente anticompetitivas antes que os mercados passem pelo chamado “*tipping*”, pelo qual as empresas inovadoras podem acabar dominando o mercado e gerando barreiras à entrada, ou os concorrentes sejam forçados a deixar o mercado. Ou seja, as autoridades empregariam procedimento e padrões de prova atenuados para estabelecer a existência de *periculum in mora* e, assim, evitar o “*underenforcement*” contra

9 Art. 84. Em qualquer fase do inquérito administrativo para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo. § 1º Na medida preventiva, determinar-se-á a imediata cessação da prática e será ordenada, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 39 desta Lei. § 2º Da decisão que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário ao Plenário do Tribunal, em 5 (cinco) dias, sem efeito suspensivo (BRASIL, 2011).

potenciais abusos em mercados dinâmicos.

Da mesma forma, na medida em que o *fumus boni iuris* pode ser analisado sob a perspectiva dos seus efeitos potenciais e futuros, e não apenas efeitos já evidenciados ou presentes (tendo em vista que, em mercados dinâmicos, muitas vezes não há clareza sobre a dimensão desses possíveis efeitos *ab initio*) discute-se sobre a oportunidade e conveniência de as autoridades imporem medidas mais duras à medida que a clareza sobre os efeitos negativos de uma conduta específica aumente (LANCIERI; PEREIRA NETO, 2022), em um exercício também dinâmico de *enforcement*.

Esses aspectos controversos e sua verificação em alguns casos concretos serão abordados com mais detalhes na Subseções III.3 e IV.2, abaixo.

3. PRINCÍPIOS GERAIS DAS MEDIDAS PREVENTIVAS NO DIREITO CONCORRENCIAL

Para além dos requisitos fundamentais abordados acima – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* –, as medidas preventivas devem seguir determinados princípios que funcionam como linhas mestras da sua aplicação.

A OCDE elenca alguns desses princípios orientadores, que são destacados conforme abaixo: (Subseção III.1) temporariedade, reversibilidade e adaptabilidade; (Subseção III.2) imediatidade e eficácia (*enforceability*); (Subseção III.3) proporcionalidade; e (Subseção III.4) salvaguarda processual.

Imagem 1 – Princípios gerais das medidas preventivas no direito concorrencial



Fonte: elaboração própria.

3.1. *Temporariedade, reversibilidade e adaptabilidade* das medidas preventivas no direito concorrencial

Medidas preventivas, justamente por não constituírem decisões finais no âmbito dos processos, incluindo os processos antitruste, inevitavelmente devem ser temporárias (ainda que, em

algumas jurisdições, elas possam perdurar pelo curso de todo o processo, ou possam ser renovadas mediante análises recorrentes). Na mesma linha, essas medidas devem ser reversíveis, ou seja, estão sujeitas a revogação, por exemplo, em caso de desaparecimento ou ausência de confirmação dos requisitos fundamentais que justificaram sua aplicação. Por fim, essas medidas são também adaptáveis, na medida em que estão sujeitas a ajustes, incluindo reduções ou ampliações de escopo, na medida em que a investigação antitruste evolui e novos elementos de convicção da autoridade concorrencial são agregados.

No Brasil, o **caso WhatsApp Pay** é um exemplo ilustrativo da transitoriedade e reversibilidade inerentes ao instituto da medida preventiva. De ofício, a SG havia instaurado procedimento investigativo e, no mesmo dia, imposto medida preventiva determinando a suspensão da implementação do acordo entre Meta (então Facebook) e Cielo para a oferta de meio de pagamento via WhatsApp (“WhatsApp Pay”). Para tanto, foram consideradas, entre outras, preocupações relacionadas ao possível fechamento do mercado desse meio de pagamento considerando a representatividade do WhatsApp como plataforma digital e a amplitude de seu alcance via número de usuários e o alegado poder de mercado da Cielo como credenciadora.¹⁰

Uma semana depois, considerando esclarecimentos prestados por Meta e Cielo, a SG revogou a medida preventiva, entendendo que não haveria incentivos para a exclusão de concorrentes ou redução de escolha dos usuários (afastando-se o *fumus boni iuris*), e que a qualquer momento a parceria relativa ao WhatsApp Pay poderia ser revertida (afastando-se o *periculum in mora*). Nesse sentido, um fundamento relevante para a decisão da SG foi que a parceria entre Meta e Cielo (e, conseqüentemente, a própria plataforma WhatsApp Pay) tinha um modelo aberto, de modo que outros agentes de meios de pagamento que não fossem parte do grupo econômico da Cielo também poderiam atuar como emissores de cartões aptos a operar na plataforma.¹¹ Parece ter sido aplicado, portanto, o princípio da reversibilidade indicado pela OCDE, apesar de poder ser questionado, ainda assim, o efeito negativo da medida preventiva na ferramenta, dado um incremento no receio do consumidor em seu uso.

3.2. *Imediatidade e eficácia (enforceability)*

Medidas preventivas devem ser de aplicação imediata, para que possam adequadamente endereçar a situação de dano presente ou iminente. Da mesma forma, devem ser *enforceable*, ou seja, precisa haver a viabilidade de sua aplicação, de forma que possam ser obedecidas e postas em prática, para que sejam eficazes – nesse sentido, como indicado pela OCDE, é comum que as diversas jurisdições prevejam a aplicação de multas em caso de desobediência à decisão, e/ou que estabeleçam mecanismos de monitoramento de sua aplicação (OECD, 2022, p. 14), como, por exemplo, por meio do envio de relatórios pela parte sobre a qual a medida foi aplicada.¹²

10 Apuração de Ato de Concentração nº 08700.002871/2020-34, e Despacho SG nº 672/2020 (SEI nº 0771106) (BRASIL, 2020a).

11 Cf. Nota Técnica SG nº 7/2020 (SEI nº 0773338).

12 Por exemplo, no Termo de Compromisso de Cessação (TCC) celebrado entre Gympass e Cade no tocante a práticas restritivas no setor de plataformas agregadoras de academias de ginástica (Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-5), o Cade estabeleceu que o monitoramento do acordo se dará pela autarquia em conjunto com um *Trustee* de monitoramento (que enviará relatórios sobre o cumprimento das medidas acordadas), tendo sido fixada multa em caso de descumprimento.

3.3. Proporcionalidade das medidas preventivas no direito concorrencial

Idealmente, as medidas preventivas devem endereçar os aspectos urgentes da conduta sob análise, o que frequentemente resulta num escopo mais restrito do que o escopo da investigação como um todo (OECD, 2022, p. 14). Devem-se evitar, portanto, medidas excessivas que, como tais, possam provocar um dano à concorrência ainda maior do que aquele que se pretende evitar, ou uma antecipação do juízo de valor sobre o mérito do caso. Isso não significa que as medidas preventivas devam se limitar a reverter a situação ao *status quo ante*, mas elas devem ser proporcionais ainda que imponham obrigações novas ou futuras, “inovando”, assim, em relação à dinâmica concorrencial sob análise.

Um exemplo neste tema refere-se ao **caso dos pacotes de incentivo a agências de publicidade**. Em investigação aberta de ofício pela SG relacionada a esse segmento, havia sido imposta medida preventiva determinando à Globo que se abstivesse de celebrar novos contratos de plano de incentivo, estabelecendo políticas de bonificação relacionadas aos investimentos das agências de publicidade na emissora; e de realizar qualquer adiantamento nos planos de incentivo, em contratos vigentes ou futuros.¹³ A medida foi confirmada pelo Tribunal do Cade no âmbito de recurso administrativo, mas foi revertida na esfera judicial, sob o fundamento de que as obrigações impostas seriam sobremaneira gravosas ainda pendente o aprofundamento da investigação e sem que tivessem sido asseguradas oportunidades de contraditório e ampla defesa à parte representada.¹⁴

No **caso da distribuição de produtos de investimento**, determinados agentes autônomos de investimento (AAIs) acusaram a XP de impor obrigações de exclusividade e não concorrência em seus contratos com agentes do mercado, e requereram à SG a imposição de medida preventiva para suspender a prática. A SG concluiu não estarem presentes os requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e questionou especificamente o escopo da medida pretendida em face do universo limitado de evidências trazido aos autos: “*trata-se de um pedido de abrangência bastante mais ampla (abstenção geral de imposição ou cumprimento de cláusulas de não-concorrência e não-solicitação por parte da XP) na comparação com o conjunto de evidências trazido pela Arton ao conhecimento desta SG (cláusulas do contrato entre a XP e dois sócios da Arton)*.”¹⁵

No **caso dos aplicativos de delivery de comida**, no qual a SG investigou possível abuso de posição dominante do iFood, a SG optou, em sede de medida preventiva, por limitar a suspensão das pactuações de exclusividade do iFood com restaurantes de sua plataforma aos contratos *futuros*. Essa limitação pode ser entendida como calibração de proporcionalidade, na medida em que contratos exclusivos já firmados pelo iFood restariam preservados, caso a medida preventiva se verificasse descabida.¹⁶

Por outro lado, no **caso das plataformas agregadoras de academias de ginástica**, a SG optou por deferir (parcialmente) a medida preventiva requerida pela Total Pass, proibindo novas pactuações

13 Despacho SG nº 34/2020 (SEI no. 0838036).

14 Mandado de Segurança nº 97.2020.4.01.3400, 16a. Vara Federal Cível da SJDF, 18.12.2020 (BRASIL, 2020e).

15 Inquérito Administrativo nº 08700.006476/2022-92 (BRASIL, 2022c). Despacho SG nº 44/2022 (SEI no. 1110796).

16 Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47 (BRASIL, 2020c), Nota Técnica SG nº 4/2021 (SEI no. 0875341). Note-se que, na 208ª Sessão Ordinária de Julgamento do Cade, ocorrida em 8.2.2023, o Plenário do Tribunal do Cade homologou Termo de Compromisso de Cessação (TCC) assinado entre o iFood e a SG, pelo qual acordou-se que os compromissos de exclusividade terão duração máxima de 2 (dois) anos, O TCC estabelece, ainda, que o iFood não condicione o credenciamento de restaurante à aceitação de compromisso de exclusividade. Cf. Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17 (BRASIL, 2023), Ata da 208ª Sessão Ordinária de Julgamento do Cade, SEI nº 1185722.



de exclusividade da Gympass com academias de ginástica, bem como cláusulas de “nação mais favorecida”, após ouvir a representada Gympass.¹⁷ Em sede de recurso movido pela Total Pass, o Cade ampliou o escopo da medida preventiva conforme requerido pela representante, estendendo a proibição de exclusividade também para os contratos vigentes (não apenas os futuros).¹⁸

Na Sessão de Julgamento do dia 21.9.2022, o Cade homologou TCC celebrado com a Gympass abrangendo o escopo da referida medida preventiva. Conforme o TCC, as cláusulas de exclusividade da Gympass com as academias ficam limitadas à comprovação de eficiências econômicas e, no máximo, a 20% da sua base de academias em municípios ou zonas de municípios, sendo que também ficam proibidas cláusulas de nação mais favorecida e outras disposições restritivas.¹⁹ Nessa Sessão de Julgamento, destacou-se a fala do Conselheiro Victor Fernandes, em seu Voto-Vogal, dando ênfase ao fato de diversos relatórios especializados em mercados digitais tratarem do uso frequente de instrumentos preventivos que, em mercados digitais, podem ser importantes instrumentos de *enforcement* (principalmente em casos de *periculum in mora* e com efeitos de rede).

3.4. Salvaguarda processual das medidas preventivas no direito concorrencial

Deve haver regras processuais claras que disciplinem a análise e concessão de medidas preventivas, de modo a garantir segurança jurídica mínima e o respeito ao contraditório e à ampla defesa (OECD, 2022, p. 16). Nesse aspecto, há jurisdições que oportunizam a oitiva da parte sobre a qual se busca a imposição de medida preventiva antes da sua imposição (e.g. “*statement of objections*” da Comissão Europeia), enquanto outras jurisdições permitem a concessão de medidas “*inaudita altera parte*” (e.g. Brasil).

O **caso de programas de exclusividade** é um exemplo da aplicação de salvaguardas processuais, em sede de representação. A Heineken havia requerido medida preventiva que impedisse a Ambev de adotar cláusulas de exclusividade de venda e/ou exposição, ou quaisquer mecanismos que tivessem por efeito a exclusividade de vendas com pontos de venda de cervejas. A SG, todavia, optou por apenas instaurar a investigação²⁰ e ouvir a representada antes de apreciar o pedido de medida preventiva. Após, a SG acabou indeferindo a medida preventiva, por entender precisar de elementos adicionais para determinar a existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.²¹ A Heineken então apresentou recurso administrativo no âmbito do Tribunal do Cade, sendo que este também oportunizou à Ambev a apresentação de esclarecimentos, notadamente mais detalhes sobre seus programas de exclusividade e políticas de preços e descontos.²²

Em 22.9.2022, o Conselheiro-Relator desse caso, Gustavo Augusto, concedeu a medida preventiva requerida (ainda sujeita a recurso voluntário ao Plenário), estabelecendo, entre outros, que apenas 20% dos bares, restaurantes e casas noturnas, que comercializem cervejas da Ambev,

17 Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65, Despacho SG nº 1865/2021 (SEI nº 0998834) (BRASIL, 2020b).

18 Recurso Voluntário nº 08700.007228/2021-88 (BRASIL, 2022e). Decisão na Ata de Julgamento da 191ª SOJ, no Diário Oficial da União de 04/03/2022, seção 1 p. 48.

19 Cf. Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19 (BRASIL, 2022f), Ata da 202ª Sessão Ordinária de Julgamento do Cade, SEI nº 1125218.

20 Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21 (BRASIL, 2022b). Despacho SG Instauração Inquérito Administrativo nº 11/2022 (SEI nº 1039451).

21 Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21 (BRASIL, 2022b). Nota Técnica SG nº 10/2022 (SEI nº 1096158).

22 Recurso Voluntário nº 08700.005936/2022-65 (BRASIL, 2022d), Despacho Decisório nº 12/2022, Conselheiro Relator Gustavo Augusto (SEI nº 1104854).

poderiam ter contratos de exclusividade. Nos demais, a Ambev deveria permitir que cervejas de outras marcas fossem comercializadas.²³

Igualmente, no caso dos cartões de desconto odontológicos, a SG recebeu denúncia da Clínica Odontocompany Capelinha e optou por ouvir a parte representada (Conselho Regional de Odontologia de Minas Gerais) antes de impor medida preventiva, obrigando a referida entidade e o Conselho Federal de Odontologia a cessarem imediatamente a proibição da utilização de cartões de descontos em serviços odontológicos.²⁴

4. ASPECTOS DE POLÍTICA PÚBLICA CONCORRENCIAL ASSOCIADOS ÀS MEDIDAS PREVENTIVAS

A aplicação de medidas preventivas gera, naturalmente, reações opostas. Assim, há que se atentar para aspectos de política pública concorrencial associadas a tais medidas. Assim, apresentaremos a seguir reflexões sobre os argumentos de (Subseção IV.1.) *Overenforcement versus underenforcement* das medidas preventivas no direito concorrencial, bem como sobre as (Subseção IV.2.) teorias do dano aplicáveis às medidas preventivas no direito concorrencial e o caso dos mercados digitais.

4.1. *Overenforcement versus underenforcement* das medidas preventivas no direito concorrencial

Sendo as medidas preventivas um instrumento de política pública indispensável para a proteção da concorrência em situações de urgência, o desafio das autoridades antitruste ao redor do mundo é evitar o emprego excessivo de tais medidas (*overenforcement*) e, por outro lado, sua subutilização (*underenforcement*).²⁵ No primeiro caso, as autoridades enfrentam os chamados erros do tipo 1, dando-se lugar a falsos positivos, ou seja, situações em que a medida preventiva não era devida e mesmo assim foi aplicada. No segundo caso, um excesso de conservadorismo levaria aos chamados erros do tipo 2, ou falsos negativos, em que uma medida preventiva era cabível e necessária, mas deixou de ser aplicada. A preservação da ordem concorrencial exige equilíbrio e parcimônia no uso do poder associado às medidas preventivas, de modo a se evitar o *overenforcement*, mas também não deixar de adotar suficientemente essas medidas em razão de um conservadorismo excessivo que poderia levar à ineficácia da tutela antitruste.

No que tange ao *overenforcement*, deve-se ter cautela especialmente em face de grandes empresas, já que se poderia (erroneamente) pensar que seu tamanho e poder econômico, de alguma forma, “compensariam” eventuais excessos ou erros do tipo 1, quando na verdade os efeitos de uma medida preventiva mal calculada inevitavelmente tendem a gerar reflexos negativos no seu

23 Recurso Voluntário nº 08700.005936/2022-65 (BRASIL, 2022d), Despacho Decisório SG nº 19/2022 (SEI nº 1122936). Em decisão plenária de 25.10.2022, o Tribunal do Cade concedeu parcial provimento ao pedido da Ambev no âmbito do Recurso Voluntário nº 08700.007547/2022-74, reconsiderando em parte a medida preventiva, mas mantendo as restrições aos contratos de exclusividade (Voto do Relator Gustavo Augusto, SEI nº 1142784; Certidão de Julgamento da 204ª Sessão Ordinária de Julgamento, SEI nº 1143343).

24 Processo Administrativo nº 08700.002535/2020-91 (BRASIL, 2020d), Despacho SG nº 11/2022 (SEI nº 1093144).

25 Essa importante dicotomia já foi abordada em outros trabalhos, como, por exemplo: Lancieri e Pereira Neto (2022). Vide também Fonseca Júnior (2022, p. 76) e Griebeler (2021, p. 39).



desempenho e na oferta ao consumidores.²⁶ Por outro lado, mais recentemente tem crescido a corrente que entende que um mercado com pequenas empresas seria mais saudável, e que, portanto, monitorar e “neutralizar” atos e condutas de grandes empresas seria necessário, a menos que a empresa objeto de restrições prove a inexistência de efeitos anti-concorrenciais, ainda que potenciais. Preconizar-se-ia uma regulação *ex ante*, portanto.

Os critérios básicos e princípios orientadores da adoção de medidas preventivas abordados nas subseções II e III, acima, são importantes aliados das autoridades concorrenciais a encontrarem um equilíbrio no que se refere à adoção de medidas preventivas, evitando situar-se nos extremos do *overenforcement* ou do *underenforcement*.

A devida observação, mas também eventual calibração dos standards de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (especialmente em face de mercados dinâmicos) conforme cabível e em análise casuística são essenciais para se evitar decisões açodadas – ou a ausência de tomada de decisão em tempo hábil – que acabem por frustrar os propósitos da defesa da concorrência.

Igualmente, a observação, principalmente, dos princípios da temporariedade, reversibilidade e adaptabilidade, da proporcionalidade e da salvaguarda processual são essenciais para ponderar a aplicação de medidas preventivas, seu escopo e também a sua devida duração e possível modulação ao longo do tempo. Tendo esses princípios em vista, reduz-se a probabilidade de erros do tipo 1 e tipo 2 ou, ainda que uma medida preventiva seja imposta de forma eventualmente excessiva, ela será revisitada e modulada em tempo hábil, evitando efeitos adversos à concorrência.

4.2. Teorias de dano aplicáveis às medidas preventivas no direito concorrencial e o caso dos mercados digitais

No que se refere aos pontos centrais de consideração de política pública, a Nota da OCDE aborda em especial as teorias do dano comumente associadas às medidas preventivas (OECD, 2022, p. 18). Teorias do dano podem ser entendidas como os fundamentos pelos quais se entende que determinada conduta seria (ou poderia ser) anticompetitiva. No caso de medidas preventivas, a discussão seria se sua concessão deveria se pautar apenas no caso de teorias do dano bem-estabelecidas ou consolidadas, em relação à provável prática concorrencial em questão, ou se teorias de dano novas ou ainda em desenvolvimento/teste poderiam ser tidas como suficientes para embasar uma medida preventiva.

Como indicado pela OCDE, essa discussão adquire especial importância no contexto de condutas anticompetitivas envolvendo mercados digitais, já que essa seara desafia teorias de dano tradicionais e demanda análises mais sofisticadas e até mesmo inovadoras. Em sede cautelar como são as medidas preventivas, e considerando sua importância para preservar a concorrência justamente nesses mercados tão sensíveis e de importância crescente, essa discussão se mostra ainda mais premente.²⁷

Ainda, a OCDE chama atenção a que os mercados digitais podem ser entendidos como mais

²⁶ Pertinente ao tema, Ana Sofia Monteiro Signorelli, em artigo para o Valor, abordou o que entende ser uma postura conservadora do Cade, entre 2015 e 2020, em relação a medidas preventivas em geral, indicando que essa postura evitaria intervenções excessivas e beneficiaria o mercado e os consumidores (SIGNORELLI, 2021).

²⁷ Citando o Documento de Trabalho nº. 005/2020 – Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados (2020), do Cade, Fonseca Júnior (2022, p. 183) comenta que a dificuldade na intervenção em casos de consolidação em mercados digitais é a eficiência gerada pelo movimento dos agentes econômicos, num primeiro momento.

“prone to tipping”, no sentido de que, muitas vezes, um *player* que inove num mercado tenderia a dominá-lo, sendo que os demais *players* e entrantes teriam dificuldades de se consolidar como rivais competitivos (OECD, 2022, p. 19). Essa particularidade tornaria especialmente relevante a aplicação de medidas preventivas como um instrumento importante para a preservação da concorrência e de modo a se evitarem distorções na estrutura de mercado.

Para a viabilidade dessa estratégia, seria especialmente importante considerar o emprego de novas teorias de dano pouco consolidadas, já que a permanência de uma conduta anticompetitiva poderia dar origem a um dano ainda maior, dadas as características desses mercados. Esse contexto também chama atenção ao elemento de urgência (*periculum in mora*), que pode ser ainda maior nesses em comparação com outros segmentos (OECD, 2022, p. 27).

A OCDE também indica que, em mercados digitais, a assimetria entre o dano à concorrência ausente a medida preventiva e o dano à parte sobre a qual a medida se impõe (por exemplo, uma “big tech”) pode ser maior, e isso poderia, em tese, flexibilizar um pouco mais o *standard* para a aplicação de medidas preventivas de maneira mais frequente nesses mercados. Por outro lado, destaca-se a dificuldade de aferir o dano, ainda que preliminarmente, em termos de diminuição e qualidade ou da inovação, fatores esses que costumam ser relevantes na teoria do dano em se tratando de mercados digitais (OECD, 2022, p. 20).

Alguns precedentes brasileiros que ilustram a discussão acima são, de um lado, a **investigação de supostas práticas de self-preferencing e subsídios cruzados no segmento de vouchers/vale-benefícios**, e, de outro, **o caso dos aplicativos de delivery de comida**.

No primeiro caso, de **investigação de supostas práticas de self-preferencing e subsídios cruzados no segmento de vouchers/vale-benefícios**, a SG entendeu que precisaria aprofundar a investigação de modo a potencialmente identificar os elementos de *fumus boni iuris* (incluindo as teorias do dano potencialmente aplicáveis) e *periculum in mora*, portanto rejeitou o pedido de medida preventiva da Associação Brasileira das Empresas de Benefícios ao Trabalhador (ABBT) contra o iFood Benefícios para que a empresa deixasse de oferecer determinadas vantagens às companhias no setor de vale-benefícios e aos usuários.²⁸

No segundo caso, por outro lado, **dos aplicativos de delivery de comida**, a SG entendeu haver elementos de potencialidade lesiva e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, especialmente considerando-se tratar-se de mercado de plataforma *online* sujeito a *tipping effects*, considerando-se o alegado poder de mercado já detido pelo iFood, e impôs limitações à prática de exclusividade do iFood em relação aos restaurantes credenciados à sua base.²⁹

Pertinente à discussão envolvendo medidas preventivas é a recente Recomendação CNJ nº 135, de 12 de setembro de 2022, que recomenda aos magistrados ouvirem o Cade antes de concederem tutelas de urgência relacionadas a processos administrativos do Cade, com o objetivo de minimizar

28 Inquérito Administrativo nº 08700.001797/2022-09 (BRASIL, 2022a), Nota Técnica SG nº 7/2022 (SEI no. 1051738). Esta investigação foi arquivada pelo Cade em 11.10.2022 conforme Despacho SG nº 20/20211. Em 2.1.2023, o Conselheiro Gustavo Augusto avocou o caso para análise no âmbito do Tribunal do Cade, nos termos do Despacho Decisório nº 1/2023 (SEI nº 1170709). Na Sessão Ordinária de Julgamento de 8.2.2023, o Plenário, por unanimidade, homologou a proposta de avocação do Inquérito Administrativo com a determinação de retorno à Superintendência-Geral para que o caso continue a ser investigado em sede de Inquérito Administrativo, nos termos do Despacho Decisório nº 1/2023 do Conselheiro Gustavo Augusto (cf. publicação do Referendo do Plenário no Diário Oficial da União em 15.2.2023 – SEI nº 1190619).

29 Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47, Nota Técnica SG nº 4/2021 (SEI no. 0875341) e Despacho SG nº 342/2021 (SEI no. 0876798).



eventual abuso do direito de demandar.³⁰ Essa recente – e controversa – Recomendação CNJ confirma a sensibilidade do tema de medidas preventivas em matéria concorrencial.

5. CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que as medidas preventivas são um instituto fundamental para o direito concorrencial e para a própria eficácia da política pública de defesa da concorrência. Tanto a Nota da OCDE quanto a própria experiência da autoridade concorrencial brasileira apontam para a consolidação e – por que não dizer – para a popularização desse instituto, sendo que ele adquire uma importância especial em face dos mercados digitais e dos desafios que eles impõem à análise antitruste.

Considerando o período recente no Brasil, percebe-se o seguinte cenário sobre a concessão de medidas preventivas, explicitado no quadro a seguir:

Quadro 1 – Destaques de precedentes do Cade entre 2020 e 2022 sobre medidas preventivas³¹

Destaques de casos recentes de medidas preventivas no Cade				
Caso	Nº do processo	Empresas/partes envolvidas	Mercados envolvidos	Decisão
WhatsApp Pay	Apuração de Ato de Concentração nº 08700.002871/2020-34	Meta (Facebook) / Cielo	Instrumentos de pagamento / credenciamento (adquirência) de transações	Indeferimento (após reconsideração)
Plataformas agregadoras de academias de ginástica	Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65	Gympass / Total Pass	Plataformas agregadoras de academias de ginástica	Deferimento parcial
Aplicativos de delivery de comida	Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47	Associação Nacional de Restaurantes / Rappi / iFood / outros	Delivery de comida	Deferimento parcial
Cartões de desconto odontológicos	Processo Administrativo nº 08700.002535/2020-91	Clínica Odontocompany Capelinha / CRO/MG	Cartões de descontos para serviços odontológicos	Deferimento
Pacotes de incentivo a agências de publicidade	Procedimento preparatório nº 08700.000529/2020-08	TVSBT / Globo	Serviços de publicidade e mercado de venda de tempo/espaço para publicidade em veículos de comunicação.	Deferimento (com reversão judicial)

³⁰ Art. 1º. Recomendar aos magistrados, com o objetivo de maximizar a segurança jurídica e de impedir o comprometimento da política de defesa da concorrência, prevista na Lei no 12.529/2011, que, sempre que possível, realizem a oitiva do órgão de defesa da concorrência, em especial a sua Procuradoria Federal Especializada, antes de concederem tutelas de urgência relacionadas a processos administrativos em tramitação no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), assim minimizando efeitos danosos decorrentes de eventual abuso do direito de demandar.

³¹ O quadro traz uma seleção de casos recentes em que, na visão dos autores, o tema das medidas preventivas e suas questões mais centrais e prementes, a exemplo dos princípios abordados no presente artigo, puderam ser identificados de forma mais emblemática. Além disso, muitos desses casos referem-se a mercados dinâmicos, especialmente mercados digitais, exemplificando, assim, a complexidade adicional que eles trazem na seara das medidas preventivas. A seleção não pretende, portanto, ser uma listagem exaustiva dos precedentes recentes envolvendo medidas preventivas. Todos os casos citados foram localizados em pesquisa no sistema de busca de jurisprudência do Cade (<https://jurisprudencia.cade.gov.br/resultado-pesquisa>), entre 20.9.2022 e 1.3.2023, utilizando-se o termo de busca “medida preventiva”. Todos os processos são também localizáveis no sistema de pesquisa processual geral do “SEI”, pelo critério de busca “Nº do Processo ou Documento”, na página: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0 (acesso em 1.3.2023).

Vouchers/vale-benefícios	Inquérito Administrativo nº 08700.001797/2022-09	Associação Brasileira das Empresas de Benefícios ao Trabalhador – ABBT / iFood	Vales-benefício	Indeferimento
Distribuição de produtos de investimento	Inquérito Administrativo nº 08700.006476/2022-92.	XP	Distribuição de produtos de investimento	Indeferimento
Programas de exclusividade	Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21	Heineken / Ambev	Cervejas	Deferimento parcial

Fonte: elaboração própria

Dos 8 (oito) casos do Cade entre 2020 e 2022 contabilizados para fins do presente estudo das medidas preventivas, verifica-se que em 3 (37,5%) houve o indeferimento do pedido de preventiva, em 3 (37,5%) houve o deferimento parcial do pedido e em 2 (25%) houve o deferimento integral, sendo que em um destes, porém, houve a reversão da medida judicialmente.

Considerando sua aplicação enquanto ainda pendente o desfecho da investigação, a medida preventiva constitui ato de grande poder que deve ser utilizado com parcimônia, de modo a se evitar o *overenforcement* e causar mais mal do que bem à ordem concorrencial. Da mesma forma, as autoridades concorrenciais devem evitar o *underenforcement*, isto é, o conservadorismo levando à rigidez excessiva na análise dos pressupostos que autorizariam a concessão de medidas preventivas. Trata-se de um equilíbrio nada fácil de se manter, mas certamente um objetivo a ser seguido em prol da eficácia da tutela concorrencial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Apuração de Ato de Concentração nº 08700.002871/2020-34.** Cade *ex officio*, Cielo S.A., Facebook Inc, 2020a. Data da decisão de arquivamento pela Superintendência-Geral do Cade: 19.1.2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.001797/2022-09.** Associação Brasileira das Empresas de Benefícios ao Trabalhador (Representante), iFood.com Agência de Restaurantes Online S.A. (Representada), 2022a. Processo em andamento perante a Superintendência-Geral do Cade.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.001992/2022-21.** HNK BR Indústria de Bebidas Ltda. (Representante), Ambev S.A. (Representada), 2022b. Processo em andamento perante a Superintendência-Geral do Cade.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº**



08700.004136/2020-65. Total Pass Participações Ltda., Ynegócios Soluções Tecnológicas Ltda. (Representantes), GPBR Participações Ltda (Representada), 2020b. Processo em andamento perante a Superintendência-Geral do Cade.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47.** Rappi Brasil Intermediação de Negócios Ltda., Associação Brasileira de Bares e Restaurantes – ABRASEL (Representantes), iFood.com Agência de Restaurantes Online S. A. (Representada), 2020c. Instrução finalizada em razão de Termo de Compromisso de Cessação celebrado no âmbito do Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.006476/2022-92.** Cade *ex officio*, XP Investimentos Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários S/A. Terceiro interessado: Acqua Vero Agente Autônomo de Investimentos Ltda, 2022c. Processo em andamento perante a Superintendência-Geral do Cade.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.002535/2020-91.** Clínica Odontológica Louzada Ltda. (Representante), Conselho Regional de Odontologia de Minas Gerais e Conselho Federal de Odontologia (Representadas), 2020d. Processo em andamento perante a Superintendência-Geral do Cade.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Recurso Voluntário nº 08700.005936/2022-65.** HNK BR Indústria de Bebidas Ltda. Relator: Gustavo Augusto Freitas de Lima, 25 de outubro de 2022d.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Recurso Voluntário nº 08700.007228/2021-88.** Total Pass Participações Ltda. Relator: Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, 23 de fevereiro de 2022e.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Requerimento de TCC nº 08700.005597/2022-17.** Requerente: iFood.com Agência de Restaurantes Online S. A. Julgado em 8 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19.** Requerente: GPBR Participações Ltda. Julgado em 21 de setembro de 2022f.

BRASIL. Justiça Federal da 1ª Região. **Mandado de Segurança Cível nº 1069575-97.2020.4.01.3400.** 16ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, 18 de dezembro de 2020e.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do Processo Civil.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FONSECA JÚNIOR, Marco Antonio. **Política antitruste brasileira e sua capacidade de enfrentamento dos mercados digitais:** uma proposta de regulação concorrencial das plataformas digitais. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

GRIEBELER, Patricia. **O caso Google Shopping: a defesa da concorrência na economia digital.** 2021. Monografia (Graduação em Economia) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021.

LANCIERI, Filippo; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Designing Remedies for Digital Markets: The Interplay Between Antitrust and Regulation. **Journal of Competition Law & Economics**, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 613-669, set. 2021.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Interim Measures in Antitrust Investigations:** OECD Competition Policy

Roundtable Background Note. OECD: Paris, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3LODb0s>. Acesso em: 1 mar. 2023.

SIGNORELLI, Ana Sofia Monteiro. **A nova era das preventivas no Cade.** Valor, São Paulo, 16 abr. 2021. Disponível em: <http://glo.bo/3VqSMq6>. Acesso em: 20 set. 2022.



2

INDÍCIOS ECONÔMICOS DE CARTEL NA REVENDA DE GLP: O CASO DA OPERAÇÃO "LAISSEZ-FAIRE"¹

Cartel economic signs in the resale of LPG: the case of the "Laissez-Faire" operation

Rosângela Aparecida Soares Fernandes²

Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP) – Mariana/MG, Brasil

Leonardo Bispo de Jesus Júnior³

Universidade Federal da Bahia, (UFBA) - Salvador/BA, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contextualização: Estudos empíricos, que tem como objetivo detectar indícios econômicos de cartel, vem ganhando relevância na literatura internacional e nacional. Entretanto, existe uma lacuna na literatura de trabalhos, com aplicações dessa natureza, que abarcam a revenda de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP). Este segmento apresenta características que viabiliza a formação de cartel e, nos últimos anos, tem sido alvo de denúncias e investigações a respeito dessa conduta junto aos órgãos reguladores da concorrência.

Objetivo: Detectar indícios econômicos de cartel na revenda de GLP, em Nova Andradina e Dourados, Mato Grosso do Sul, de maio de 2004 a agosto de 2020. Testou-se a hipótese de que, durante o período do cartel, o preço médio de GLP aumentou e a sua variância diminuiu.

Metodologia: Calculou-se os coeficientes de variação de preços e os seus respectivos valores médios, para o período completo, cartel e pós-cartel. Na sequência, estimou-se os modelos de Heterocedasticidade Condicional Autorregressiva (ARCH), Heterocedasticidade Condicional Autorregressiva Generalizado (GARCH) e *Threshold* GARCH, todos com a introdução da variável *dummy cartel*, conforme proposto em Bolotova, Connor e Miller (2008).

Resultados: Os coeficientes de variação de preços revelaram que estes estiveram mais alinhados, durante o período de cartel. Os modelos de volatilidade estimados, no geral, permitiram aceitar a hipótese de que, durante o cartel, ocorreu elevação no preço médio de GLP, em ambos os municípios. Não foi detectada diminuição de variância no preço de GLP para o município de Dourados-MS. Os coeficientes de assimetria apontaram que as séries, de ambos os municípios analisados, possuem

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4648392251476133>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 23/01/2023 **Aceito em:** 17/05/2023 **Publicado em:** 31/07/2023

2 Doutora em Economia Aplicada pela Universidade Federal de Viçosa (2010). **E-mail:** rosangela.fernandes@ufop.edu.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6432993441872985>. **ORCID:** <http://orcid.org/0000-0003-3815-0082>.

3 Doutor em Ciência Econômica pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). **E-mail:** lbjunior@ufba.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/2724122026667337>. **ORCID:** <http://orcid.org/0000-0002-8767-300X>.

impactos de choques assimétricos na variância.

Conclusão: Conclui-se que há indícios econômicos de cartel na revenda de GLP nos municípios analisados.

Palavras-Chave: gás liquefeito de petróleo; cartel; filtros econômicos; revenda; econometria.

STRUCTURED ABSTRACT

Contextualization: Empirical studies, which aim to detect economic signs of a cartel, have been gaining relevance in the international and national literature. However, there is a gap in the literature of works with applications of this nature, which include the resale of Liquefied Petroleum Gas (LPG). This segment has characteristics that enable the formation of a cartel and, in recent years, has been the target of complaints and investigations regarding this conduct before competition regulatory bodies.

Objective: That said, the objective of the article was to detect economic signs of cartel in the resale of LPG, in Nova Andradina and Dourados, Mato Grosso do Sul, from May 2004 to August 2020. The hypothesis was tested that, during the cartel period, the average price of LPG has increased and its variance has decreased.

Methodology: The coefficient of price variation and their respective average values were calculated for the complete period, cartel and post-cartel. Next, the models *Autoregressive Conditional Heteroskedasticity* (ARCH), *Generalized Autoregressive Conditional Heteroskedasticity* (GARCH) and *Threshold GARCH*, are estimated, all, with the introduction of the dummy cartel variable, as proposed by Bolotova, Connor e Miller (2008).

Results: The prices variation coefficients revealed that they were more aligned during the cartel period. The estimated volatility models, in general, allowed us to accept the hypothesis that, during the cartel, there was an increase in the average price of LPG in both municipalities. No decrease in variance in the price of LPG was detected for the city of Dourados-MS. The asymmetry coefficients showed that the series, from both analyzed cities, have impacts of asymmetric shocks on the variance.

Conclusion: It is concluded that there are economic signs of cartel in the resale of LPG in the analyzed municipalities.

Keywords: liquefied petroleum gas; cartels; economic screening; resale; econometrics.

Código de classificação JEL: L4; L40; L41.

Sumário: 1. Introdução; 2. Caracterização da estrutura e conduta do mercado de Gás Liquefeito de Petróleo; 3. Breve Revisão de literatura; 4. Metodologia; 5. Resultados e discussões; 6. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Segundo Bolotova, Connor e Miller (2008), nos últimos anos, verifica-se a evolução do uso de técnicas econométricas, denominadas filtros econômicos de cartel, para detectar indícios desta conduta anticompetitiva e testar hipóteses teóricas baseadas na literatura de Economia Industrial.



De acordo com Harrington Junior (2008), os filtros são úteis, pois produzem provas indiretas sobre o comportamento ilícito dos agentes a partir da utilização de dados econômicos. Assim, permite canalizar a atuação dos órgãos antitruste em situações em que a ocorrência do cartel é provável de ocorrer.

Em razão das dificuldades enfrentadas pelas autoridades antitrustes de obter provas factuais a respeito de um cartel, a aplicação dos filtros pode fornecer indícios adicionais sobre a existência de uma possível conspiração. Além disso, pode contribuir para que as autoridades de defesa da concorrência iniciem investigações em mercados em que ainda não existe denúncias formais (CUIABANO *et al.*, 2014, p. 58).

Estudos empíricos, que tem como objetivo detectar indícios econômicos de cartel, vem ganhando relevância na literatura internacional e nacional. Especificamente no Brasil, pesquisas com enfoque na revenda de gasolina comum se destacam, em razão do número de denúncias e investigações envolvendo este segmento de mercado junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), bem como pela disponibilidade de base de dados divulgados pelo órgão regulador do setor, a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

Entretanto, existe uma lacuna na literatura sobre estudos, com aplicações dessa natureza, que abarcam a revenda de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP). Este setor apresenta características semelhantes ao de gasolina comum, pois oferece um produto homogêneo e essencial, em que não há substitutos próximos, a estrutura de custos é semelhante, existem barreiras à entrada regulatórias, atuação ativa dos sindicatos e associações e, publicidade de preços, que favorecem a formação de cartéis. Adicionalmente, é alvo de denúncias e investigações a respeito de cartel junto aos órgãos reguladores da concorrência.

Mediante o exposto, o objetivo desse artigo foi detectar indícios econômicos de cartel na revenda de GLP, em Nova Andradina e Dourados, Mato Grosso do Sul, no período de maio de 2004 a agosto de 2020. Estes dois mercados relevantes geográficos distintos foram escolhidos, por ter sido instaurado um Processo Administrativo nº. 08700.000379/2020-24 no Cade (BRASIL, 2020b), com base na investigação iniciada pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul, no âmbito da Operação “*Laissez-Faire*”. Nesta, identificou-se a existência de indícios de prática de cartel na revenda de GLP, em Dourados – MS e seus arredores⁴, pelo menos de 2013 a março de 2018. Dentre as provas descritas no processo, citam-se áudios que apontam coordenação entre revendedores visando o aumento nos preços de GLP⁵.

A hipótese testada nesse artigo é consistente com aquela levantada no trabalho de Bolotova, Connor e Miller (2008), de que o preço médio é maior e a sua variância menor, durante o período do cartel. Os filtros comportamentais selecionados para a verificação empírica dos indícios econômicos de cartel em Nova Andradina e Dourados, MS, além de serem úteis para a verificação da hipótese, demanda apenas as séries de preços do produto comercializado na etapa da cadeia produtiva investigada. Portanto, viabiliza a realização da análise na ausência de informações a respeito dos

⁴ A cidade de Nova Andradina – MS, também é citada nos autos do Processo Administrativo nº. 08700.000379/2020-24 (BRASIL, 2020b). Para informações detalhadas a respeito do referido processo e da operação *Laissez-Faire*, consultar os documentos disponíveis no Cade.

⁵ Além do caso em análise, as distribuidoras de GLP, no Estado do Pará (PA 08012.002568/2005-51)(BRASIL, 2005) e as distribuidoras e as revendedoras de GLP, no Nordeste (PA 08700.003067/2009-67)(BRASIL, 2009), também, foram condenadas, pelo Cade, por formação de cartéis.

custos, por exemplo, os preços praticados nas distribuidoras.

Em síntese, espera-se que os resultados dessa pesquisa sejam úteis no sentido de ampliar o uso de filtros comportamentais para outros segmentos da cadeia produtiva de petróleo, que recorrentemente são alvos de investigações a respeito de formação cartel.

O artigo está dividido em cinco seções, além desta introdução. Na segunda, descreve-se uma caracterização sobre a estrutura e a conduta do mercado de GLP no Brasil. Na terceira, apresenta-se uma breve revisão da literatura a respeito do tema proposto. Na quarta, expõe-se os procedimentos metodológicos utilizados. Na quinta, apresenta-se os resultados e discussões e, na sexta seção, as considerações finais.

2. CARACTERIZAÇÃO DA ESTRUTURA E CONDUTA DO MERCADO DE GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO

Nesta seção é realizada uma breve caracterização do setor de GLP no Brasil, destacando a estrutura de mercado e a conduta das empresas que nele atuam.

O GLP tem grande importância na cesta de consumo da população brasileira, pois, é a fonte de energia mais utilizada na cocção de alimentos, correspondendo a cerca de 25% da demanda energética residencial (EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA, 2022). Para grande parte da população brasileira, em especial, as de baixa renda, as despesas com o gás de cozinha comprometem parcela significativa de suas rendas. Nos últimos anos, vem ocorrendo um aumento expressivo no preço médio de GLP pago pelo consumidor. De acordo com os dados da ANP (2022), em 2004, por exemplo, o preço do GLP P13⁶ era de R\$ 30,953, já em 2020, estava em torno de R\$ 70,736.

A elevação no preço desse produto é tema de grande relevância para a sociedade e objeto de monitoramento das autoridades de defesa da concorrência, em razão das implicações que as práticas de preços abusivos têm sobre o bem-estar social. De acordo com Colomer e Vernersbach (2022), o preço final do botijão é o somatório do valor de produção/importação, tributos e margens de distribuição e revenda. Portanto, reflete, em certo grau, a estrutura e a dinâmica competitiva de cada etapa da indústria de GLP no Brasil.

A cadeia produtiva de GLP é composta por produtores, importadores, distribuidores e revendedores. Além disso, é regulada integralmente pela ANP. No primeiro elo da cadeia, exploração e produção, o GLP pode ser produzido por meio do refino de petróleo, como subproduto nas centrais petroquímicas, e a partir do gás natural. Para garantir o suprimento da demanda, que é superior à oferta doméstica, o Brasil, também, importa o produto (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2020, p. 13).

De acordo com o Sindigás (2022), a oferta nacional abastece cerca de 70% do volume de GLP demandado no país, o restante é suprido por importação. Após a sua produção ou importação, o GLP é transportado até as distribuidoras, através de modais tradicionais (caminhões e navios), ou, no caso de proximidades, a partir de dutos. As distribuidoras são responsáveis por armazenar, envasar, transportar, fazer o controle de qualidade do produto e comercializar, por atacado, com a

6 Botijão de 13 kg, popularmente conhecido como gás de cozinha.



rede varejista ou diretamente aos grandes consumidores⁷ (BRASIL, 2020a). Conforme Lodi e Bicalho (2022), a revenda, última etapa da cadeia do GLP, é responsável pela aquisição, armazenamento, transporte e comercialização em recipientes transportáveis de GLP⁸.

No que tange a estrutura de mercado, o setor de GLP é historicamente marcado por uma elevada concentração e verticalização entre os elos, exploração e produção; transporte; distribuição e comercialização.

A produção e a importação são realizadas quase que exclusivamente pela Petrobras, mesmo após o fim do monopólio legal. De acordo com Colomer, Alves e Prado (2022), no Brasil, a elevada concentração da produção/importação de GLP ocorre tanto em agentes de mercado quanto em localização geográfica. Os autores destacam que, o papel predominante da Petrobras no segmento de refino de petróleo e na indústria de gás natural bem como nas importações de derivados de petróleo explicam o controle da oferta pela empresa. Por outro lado, a concentração geográfica está associada à localização das reservas brasileiras de gás natural e petróleo que, em sua maioria, encontram-se no Sudeste do país. Este fato determina a localização das unidades de processamento de gás natural e a maior parte da capacidade de refino do país na região Sudeste.

Segundo Lodi e Bicalho (2022), atualmente, existem 18 empresas distribuidoras autorizadas pela ANP a atuar nesta etapa da cadeia produtiva. A distribuição é marcada por uma elevada concentração industrial, de modo que, as empresas maiores possuem vantagens competitivas advindas de economias de escala de diferentes naturezas. De acordo com os dados da ANP (2020), os cinco maiores grupos, Ultragas (23,06%), Liqigás (21,26%), Supergasbrás (19,99%), Nacional Gás (18,46%) e Copagas (8,72%) detêm, juntos, mais de 90% deste mercado, operando nacionalmente, conforme uma dinâmica comercial regional e estadual.

Segundo Colomer, Alves e Prado (2022), diferentemente da etapa de produção, as análises de concentração de mercado, que envolvem a distribuição, devem considerar como delimitação geográfica os estados/regiões, conforme determinado pelo Cade. Colomer e Vernersbach (2022) acrescentam que os custos logísticos para transportar o GLP determinam, em grande medida, os custos de distribuição, desse modo, afetam as margens brutas de comercialização do produto neste segmento de mercado. Este fato pode explicar a delimitação de mercado relevante geográfico das distribuidoras como sendo regional e não nacional.

Segundo a CNI (2020), o oligopólio formado no mercado de distribuição de GLP possibilitou a formação de cartéis regionais e a fixação de preços não competitivos. Dentre os facilitadores para adoção de conduta cartelizada por parte das distribuidoras, além da concentração industrial, verificam-se a existência de barreiras à entrada de natureza institucional; os elementos e mecanismos de monitoramento de cooperação; a homogeneidade de produtos e/ou serviços prestados; e a estrutura de custos semelhante. De acordo com o Cade (BRASIL, 2020a), especificamente, o Processo Administrativo nº. 08700.000379/2020-24 reporta evidências de condutas anticompetitivas, também, por parte das distribuidoras de GLP, em Dourados-MS e arredores, em que são citadas diversas provas de indícios de formação de cartel neste segmento de mercado.

7 Dentre os grandes consumidores de GLP tem-se, hospitais, condomínios, comércio (restaurantes, hotéis, padarias e lavanderias) e unidades fabris.

8 Os revendedores podem ser vinculados, ou seja, que adquirem o GLP de uma única distribuidora e utiliza a sua bandeira, ou independentes, que compram o GLP de mais de um distribuidor. Neste último caso, não pode haver exibição das marcas das distribuidoras.

A revenda apresenta estrutura distinta das etapas anteriores, pois, é marcada por um mercado atomizado, com milhares de revendedores, em sua maioria de pequeno porte, cujo mercado relevante geográfico é delimitado como sendo o municipal. De acordo com o Sindigás (2022), no ano de 2020, existiam cerca de 61.610 mil revendedoras de GLP autorizadas no país, abastecendo 91% das famílias brasileiras.

Ressalta-se que, a pulverização da revenda de GLP não limita a possibilidade de formação de cartéis, uma vez que, os agentes podem formar acordos estáveis e contar com efetivos mecanismos de coordenação, monitoramento e punição⁹. Esses mecanismos podem ser a atuação de um sindicato ou a formação de um cartel por parte das distribuidoras de GLP, que tomam decisões no sentido de influenciar a adoção de condutas cartelizadas na revenda (BRASIL, 2020a, p. 30).

Nos documentos do Processo Administrativo nº. 08700.000379/2020-24 consta que havia indícios robustos de que os representantes das distribuidoras exerciam influência sobre as revendedoras de GLP que atuavam em Dourados-MS e arredores. Como provas do conluio, destacam os contatos telefônicos e encontros pessoais entre revendedores e representantes distribuidores, que tinham como objetivo realizar acordos para aumentar e fixar os preços dos botijões de gás acima do preço competitivo; fazer a divisão territorial e de clientes entre os revendedores de GLP; criar barreiras à entrada para as novas revendedoras e obstáculos para aqueles que não aderissem ao acordo.

No Brasil, a distribuição e a revenda de GLP tem sido alvos de investigações de cartel pelos órgãos de defesa da concorrência, devido às denúncias sobre a adoção de condutas anticompetitivas e os elevados preços de GLP praticados aos consumidores finais. Apesar de a revenda ser caracterizada nacionalmente por uma estrutura pulverizada, considerando que o mercado relevante geográfico de atuação das revendedoras é o municipal, o número de agentes econômicos reduz consideravelmente, o que favorece o conluio. Além disso, mesmo em municípios em que o número de revendedores é suficientemente expressivo, a formação de cartel pode ser garantida pelos efetivos mecanismos de coordenação, monitoramento e punição dos agentes. Além dos sindicatos, os distribuidores de GLP podem influenciar, de forma efetiva, a conduta das revendedoras.

Mediante esse contexto, é importante que a conduta dos agentes que atuam na distribuição e revenda, sejam monitoradas por parte dos órgãos competentes. Adicionalmente, as informações a respeito dos preços praticados, em todos os elos da cadeia de GLP, devem ser divulgadas pela agência reguladora do setor, a ANP, o que possibilitará, também, a realização de análises para todos os segmentos, em que há possibilidade e/ou indícios econômicos de formação de cartel. Embora o Processo Administrativo nº. 08700.000379/2020-24 (BRASIL, 2020b) reporte evidências de conduta cartelizada nas duas etapas, distribuição e revenda, não foi possível aplicar a técnica de filtragem de verificação de cartel para o segmento distribuidor em razão da indisponibilidade das séries de preços de GLP para o período de análise.

⁹ Com o fim do controle de preços pelo Governo Federal, em 2001, por exemplo, houve, em algumas situações, uma ilegal substituição pelo controle centralizado por parte de algumas empresas do setor, reunidas em foros de decisão cartelizantes.



3. BREVE REVISÃO DE LITERATURA

Os filtros econômicos têm como objetivo identificar indícios de cartel em setores onde esta conduta é mais provável de ocorrer. Segundo Harrington Junior (2008), existem duas abordagens sobre filtros, usualmente utilizadas para a sua detecção, estrutural e comportamental. A primeira, tem como objetivo identificar mercados que apresentam características consideradas propícias ao comportamento colusivo. Neste caso, assume-se que a conspiração é mais provável de ocorrer onde o número de empresas é relativamente pequeno, os produtos ofertados são homogêneos e a demanda é mais estável. Por outro lado, a abordagem comportamental envolve verificar os meios pelos quais as empresas coordenam e o resultado final da coordenação.

Os filtros estruturais apresentam elevada chance de concluir falsos positivos, em outros termos, podem sugerir que o conluio seja provável quando, na verdade, não existe cartel. Sobre os filtros comportamentais, ressalta que estes se concentram no impacto da coordenação sobre o mercado, de modo que, suspeitas de formação de cartel podem ter origem no comportamento das quantidades ou dos preços como, por exemplo, movimento paralelo ou uma elevação inexplicável desta última variável. Os filtros podem ser utilizados de maneira isolada ou em conjunto, de modo que, a forma mais eficiente depende das características específicas do mercado analisado e da disponibilidade de dados para as aplicações (HARRINGTON JUNIOR, 2008, p. 3).

A literatura que abarca os filtros comportamentais de cartel tem crescido de maneira significativa nos últimos anos. Os trabalhos de Abrantes-Metz *et al.* (2006) e de Bolotova, Connor e Miller (2008), notadamente, estão entre as contribuições mais relevantes, uma vez que, propõem filtros para detecção de indícios econômicos de cartel baseados na variância de preços, permitindo fazer inferências sobre indícios econômicos de cartel, em mercados com uma disponibilidade de dados restrita, como, por exemplo, o preço na revenda.

Os estudos que envolvem a análise de detecção de cartel, com o enfoque no mercado varejista, surgiram no período mais recente. Dentre esses trabalhos, aplicações para a revenda de gasolina comum vem se destacando na literatura internacional e nacional. O Quadro 1, a seguir, apresenta de forma sumária, os trabalhos utilizados como suporte teórico e empírico para este artigo, Abrantes-Metz *et al.* (2006) e Bolotova, Connor e Miller (2008) e, na sequência, as contribuições recentes para a literatura nacional, com enfoque na revenda de gasolina comum.

Quadro 1 – Revisão de trabalhos sobre filtros econômicos comportamentais para detecção de indícios de cartel

Autor	Objetivo	Metodologia	Resultados
Abrantes-Metz <i>et al.</i> (2006)	Investigar evidências econômicas de cartel em 279 postos de combustíveis em Louisville, Estados Unidos, no período de 1996 a 2002	Coefficiente de variação de preços.	Os resultados sugeriram que a variação no preço foi comparativamente menor durante o período de ocorrência do cartel e, após a sua descoberta, excluindo a transição de conluio para não conluio, houve uma elevação na variância dos preços.

Bolotova, Connor e Miller (2008)	Detectar o efeito da conspiração conhecida ou hipotética nos mercados de ácido cítrico e lisina, nos Estados Unidos, nos períodos de 1990 a 1997 e de 1990 a 1996, respectivamente.	Modelos <i>ARCH</i> e <i>GARCH</i> , com a introdução de uma variável <i>dummy</i> , para o período de cartel.	Para o mercado de lisina, os resultados corroboraram as hipóteses de que o preço médio, durante o período do cartel, é maior que nos períodos pré e pós-conspiração. Além disso, a variância dos preços, durante a colusão, é menor que nos demais períodos. Entretanto, a hipótese de menor variância, para o período colusivo não foi corroborada para o mercado de ácido cítrico.
Vasconcelos e Vasconcelos (2008)	Analisar a existência de colusão no mercado varejista de gasolina comum nos municípios de São Paulo, Florianópolis e Recife, no período de janeiro de 2006 a dezembro deste ano.	Modelos <i>ARCH</i> e <i>GARCH</i> , com a introdução de uma variável <i>dummy</i> para o período de cartel.	Os resultados obtidos confirmam a hipótese de maiores preços durante o suposto período de conspiração em São Paulo e Recife. Entretanto, a hipótese de menor variância foi confirmada somente em Recife.
Silveira et al. (2021)	Analisar o comportamento anticompetitivo no mercado revendedor de gasolina comum em Brasília, Goiânia, Rio de Janeiro e São Paulo, usando como referência o caso de Brasília, julgado pelo Cade.	Modelo Markov-Switching <i>GARCH</i> (<i>MS-GARCH</i>) e abordagem de Correlação Gaussiana Local (<i>LGC</i>).	Os resultados sugeriram que existem evidências de conluio em todas as cidades avaliadas. Conforme os resultados do modelo <i>MS-GARCH</i> , todas as cidades devem ser investigadas, pois há uma probabilidade substancial de que tenham praticado cartel, entre 2014 e 2017. Embora os modelos <i>LGC</i> tenham sugerido que os mercados de gasolina em Brasília, Goiânia e Rio de Janeiro praticaram cartéis no período observado, as datas em que esses acordos colusivos teriam ocorrido divergiam dos resultados do <i>MS-GARCH</i> .
Silveira et al. (2022)	Detectar, prever cartéis na revenda brasileira de gasolina comum e testar a eficiência dos filtros selecionados, no período de 2004 até o ano mais recente, conforme a disponibilidade de dados para cada município.	Técnicas de aprendizagem de máquinas e filtros econômicos estatísticos (desvio-padrão, coeficiente de variação de preços, assimetria e curtose).	Os resultados sugeriram que, considerando uma média de previsão geral, os modelos conseguiram prever cerca de 87% dos períodos de cartel. A partir da comparação entre os métodos utilizados, os autores concluíram que, considerando as cidades analisadas, Belo Horizonte, Brasília, Caxias do Sul e São Luís, em média, o Algoritmo <i>Random Forrest</i> apresentou uma pontuação de 95% de classificações corretas para os períodos de cartel e não cartel.
Ramalho e Ribeiro (2022)	Avaliar a eficácia dos filtros, selecionados na literatura, para sete casos condenados de cartéis na revenda brasileira de gasolina comum.	Modelos <i>GARCH</i> e de Quebra Estrutural, filtros sugeridos pela ANP e pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e, abordagem de Correlação Gaussiana Local (<i>LGC</i>).	Os resultados apontaram que, uma minoria dos filtros selecionados detectaram evidências de cartel para uma pequena parcela dos casos em análise. Os autores concluíram que, possivelmente, a dificuldade de definir precisamente o período de cartel pela autoridade de defesa da concorrência e o uso de filtros, que, supostamente, não captam o comportamento dos agentes em conluio nestes mercados, pode justificar a rejeição de indícios de cartel para os casos condenados.

Fonte: Elaborado pelos autores.



Os trabalhos utilizados como referência neste artigo partem da hipótese de que, no período de um cartel bem-sucedido, a média de preço é relativamente mais elevada e a variância é menor, comparativamente aos períodos de não ocorrência do conluio. Nessa linha, além dos trabalhos citados, destacam-se os artigos de Athey, Bagwell e Sanchirico (2004) e Harrington Junior e Chen (2006), que constataram evidências de indícios econômicos de cartel a partir da baixa variância acompanhada da elevação dos preços médios.

Para Harrington Junior e Chen (2006), o comportamento dos participantes do cartel é dividido em duas etapas. Primeiro, ocorre uma elevação gradual nos preços, que não acompanha as oscilações dos custos, mantendo a tendência de crescimento. Essa elevação deve parecer um aumento natural e, portanto, permitir que se utilize a justificativa de que o aumento nos preços ocorreu em função das condições do mercado em questão. Posteriormente, os preços são estabilizados, na medida em que, após se atingir o preço de conluio, as firmas os reajustam proporcionalmente às variações dos custos.

Em suma, nesse artigo, optou-se pela fundamentação em estudos que partem da premissa de que o aumento do preço médio e a redução em sua variância configuram indícios econômicos de cartel.

4. METODOLOGIA

4.1 Técnica de filtragem a partir do coeficiente de variação de preços

Abrantes-Metz *et al.* (2006) sugeriram um filtro para detectar indícios econômicos de cartel, a partir do coeficiente de variação de preços ao longo do tempo. Para estes autores, o método é a principal medida para a construção de sua proposta de filtragem econômica, definida pela razão entre o desvio-padrão e o preço médio, equação (1):

$$CV_{it} = \frac{S_{rvi_t}}{P_{mervi_t}} \quad (1)$$

Em que S_{rvi} e P_{mervi} são o desvio-padrão e o preço médio do produto comercializado, respectivamente; e os índices i e t representam o município e o período de tempo.

Segundo estes autores, a ocorrência de cartel é consistente com a elevação no preço e a diminuição em sua variância. Portanto, em períodos de conspiração, o coeficiente de variação de preços é comparativamente menor do que nos demais períodos, pré e pós-cartel. Além disso, diferenças significativas neste coeficiente podem ser observadas após o colapso e/ou descoberta de um cartel.

O coeficiente de variação de preços permite analisar evidências econômicas de cartel, quando os dados de custos não se encontram disponíveis. Entretanto, apesar dos autores ressaltarem que em uma conspiração de sucesso o coeficiente de variação de preços é menor, destacam que é importante identificar quais os possíveis fatores que levaram à baixa variação¹⁰.

Neste artigo, além do coeficiente de variação de preços, optou-se por estimar os modelos *Autoregressive Conditional Heteroskedasticity (ARCH)*, sua generalização, *Generalized Autoregressive Conditional Heteroskedasticity (GARCH)*, conforme sugerido por Bolotova, Connor e Miller (2008)

¹⁰ Em mercados que ofertam um produto homogêneo, baixo coeficiente de variação, ou seja, alinhamento de preços, podem ocorrer em conluio e competição perfeita.

e, por último, uma extensão do modelo *GARCH*, *Threshold Generalized Autoregressive Conditional Heteroskedasticity* (*TGARCH*), por permitir modelar a assimetria dos choques dos retornos na volatilidade das séries.

Silveira *et al.* (2021) destacam que os trabalhos de Abrantes-Metz *et al.* (2006) e Bolotova, Connor e Miller (2008), que propõem uma abordagem de filtragem baseada na variância dos preços, representam a contribuição mais notável para a literatura sobre filtros econômicos comportamentais.

4.2 Filtro econômico comportamental a partir da abordagem de volatilidade de preços proposta por Bolotova, Connor e Miller (2008)

Os modelos *ARCH* e *GARCH* foram utilizados por Bolotova, Connor e Miller (2008), com a inclusão de uma variável *dummy*¹¹ na equação da média e da variância, a fim de verificar se o preço médio praticado durante a conspiração é superior aos demais períodos e se a sua variância, durante este período, é menor do que nos demais períodos.

Os modelos *ARCH-GARCH* permitem captar os retornos simétricos na modelagem da série de preço em análise. Assim, para captar os possíveis choques assimétricos na volatilidade da série, estimou-se o modelo *TGARCH*, desenvolvido por Zakoian (1994) e Glosten, Jagannathan e Runkle (1993), que consiste em uma extensão dos anteriores. O modelo permite que choques positivos e negativos possam produzir efeitos distintos na variância condicional da série.

A seguir, apresenta-se, formalmente, os modelos *ARCH*, *GARCH* e *TGARCH*. Conforme Hamilton (1994), o modelo *ARCH*, introduzido por Engle (1982), permite modelar a variância condicional da série, concomitantemente com a média.

Suponha que a variância condicional não seja constante, de modo que, para modelar a variância condicional, seja possível estimar um processo *AR(m)* usando o quadrado do resíduo estimado da equação (2):

$$\hat{u}_t^2 = \alpha_0 + \alpha_1 \hat{u}_{t-1}^2 + \dots + \alpha_m \hat{u}_{t-m}^2 + v_t \quad (2)$$

Em que v_t é um novo “ruído branco”, com $E(v_t) = 0$ e $E(v_t v_s) = \lambda^2$, para todo $t = s$ e 0, caso contrário.

A equação (2) é denominada processo Autoregressivo Condicional Heteroscedástico de ordem m , denotado por $u_t \sim ARCH(m)$. De modo que, a projeção linear do erro ao quadrado da previsão de Y_t , a partir dos prévios q erros ao quadrado previstos, seja definida por:

$$\hat{E}(\hat{u}_t^2 | u_{t-1}^2, u_{t-2}^2) = \alpha_0 + \alpha_1 \hat{u}_{t-1}^2 + \alpha_2 \hat{u}_{t-2}^2 \dots + \alpha_q \hat{u}_{t-m}^2 + v_t \quad (3)$$

O modelo generalizado (*GARCH*), proposto por Bollerslev (1986), é uma extensão do modelo *ARCH* e permite utilizar uma estrutura de defasagens maior, visando captar impactos que, possivelmente, ocorreram no passado. Além disso, pode ser usado para descrever a volatilidade com menos parâmetros que o *ARCH*. Formalmente, a equação de variância *GARCH* (r, m) é representada por:

$$h_t = \alpha_0 + \delta_1 h_{t-1} + \delta_2 h_{t-2} + \dots + \delta_r h_{t-r} + \alpha_1 u_{t-1}^2 + \dots + \alpha_m u_{t-m}^2 \quad (4)$$

Em que $u_t = \sqrt{h_t}$ e v_t é independente e identicamente distribuída (iid) com média zero e variância

11 A variável *dummy* apresenta valor igual a um, no período de ocorrência de cartel, e zero, nos demais períodos, pré e pós-cartel.

unitária. A condição suficiente de estacionariedade (regularidade) requer $k > 0$, $\delta_i \geq 0$ para todo $i \leq r$, $\alpha_j \geq 0$ para todo $j \leq m$ e $\sum_{t=1}^r \delta_t + \sum_{t=1}^m \alpha_t \leq 1$. O cálculo da sequência de variâncias condicionais $\{h_t\}$ para $t = 1$ à $t = T$ requer seus valores pré-amostrais. Conforme Bollerslev (1986), de maneira geral, eles são calculados como uma média de amostra dos resíduos previstos ao quadrado para cada observação da pré-amostra na sequência T .

O modelo $TGARCH(r, m)$, extensão do modelo $GARCH(r, m)$, permite detectar a assimetria dos choques dos retornos na volatilidade das séries, em outros termos, permite verificar se os choques positivos e negativos têm diferentes efeitos sobre a volatilidade dos preços. Sendo que, a volatilidade funcional, conforme Enders (2008) e Morettin (2017), pode ser definida pela equação (5):

$$h_t = k + \delta_1 h_{t-1} + \delta_2 h_{t-2} + \dots + \delta_r h_{t-r} + \lambda_1 K_{t-1} u_{t-1}^2 + \alpha_1 u_{t-1}^2 + \dots + \alpha_m u_{t-m}^2 \quad (5)$$

Em que K_{t-1} é uma variável *dummy*, que assume valores iguais a 1, se $u_{t-1} > 0$, e zero, para $u_{t-1} \leq 0$. Se $u_{t-m} \geq 0$, haverá um choque de u_{t-1} em h_t , dados por $\alpha_1 u_{t-1}^2$. Quando $u_{t-1} < 0$ e $K_{t-1} = 1$, o efeito em u_{t-1} em h_t , será dado por $(\alpha_1 + \lambda_1) u_{t-1}^2$. O coeficiente λ_1 capta a assimetria, quando ele for estatisticamente significativo, conclui-se que o conjunto de dados possui efeito *Threshold*, ou seja, há assimetria na volatilidade. Se $\lambda_1 > 0$, os choques negativos terão efeitos maiores sobre a volatilidade do que os choques positivos.

A Tabela 1, a seguir, reporta os modelos estimados com a inclusão da variável *dummy*.

Tabela 1 - Modelos com a inclusão da variável dummy cartel (dt)

AR	$Y_t = c + \varphi_1 Y_{t-1} + \varphi_2 Y_{t-2} + \dots + \varphi_m Y_{t-m} + \theta d_t + u_t$
ARCH	$h_t = \alpha_0 + \alpha_1 \hat{u}_{t-1}^2 + \dots + \alpha_m \hat{u}_{t-m}^2 + \theta d_t + v_t$
GARCH	$h_t = \alpha_0 + \delta_1 h_{t-1} + \delta_2 h_{t-2} + \dots + \delta_r h_{t-r} + \alpha_1 u_{t-1}^2 + \dots + \alpha_m u_{t-m}^2 + \theta d_t$
TGARCH	$h_t = k + \delta_1 h_{t-1} + \delta_2 h_{t-2} + \dots + \delta_r h_{t-r} + \lambda_1 K_{t-1} u_{t-1}^2 + \alpha_1 u_{t-1}^2 + \alpha_m u_{t-m}^2 + \theta d_t$

Fonte: Elaborado pelos autores.

Para a equação da média, é esperado que o coeficiente da variável *dummy* cartel apresente valor positivo e estatisticamente significativo, sugerindo que, durante o período de cartel, houve um aumento no preço de GLP nos municípios analisados. Por outro lado, na equação da variância, um valor negativo e estatisticamente significativo, evidenciando diminuição na variabilidade dos preços.

4.3 Fonte de dados

Para alcançar o objetivo proposto nesse artigo, utilizou-se os dados semanais dos preços do GLP praticados na revenda e seu respectivo desvio-padrão nas cidades de Nova Andradina e Dourados - MS, no período de maio de 2004 a agosto de 2020. Este período foi selecionado em razão da disponibilidade dos dados, que foram extraídos no site da ANP - Levantamento de Preços. O corte temporal sobre a ocorrência do cartel, de janeiro de 2013 a março de 2018, foi definido conforme informações obtidas nos documentos do Processo Administrativo nº. 08700.000379/2020-24 (BRASIL, 2020b). Os modelos de volatilidade de preços, bem como os demais testes, foram estimados pelo *Software Eviews Statistic* versão 10.

5. RESULTADOS E DISCUSSÕES

As metodologias utilizadas neste trabalho tiveram como objetivo testar a hipótese de que o preço médio é maior e a sua variância menor, durante o período de cartel. De acordo com Abrantes-Metz e Bajari (2010), os filtros econômicos de cartel tem como objetivo identificar padrões anômalos ou pouco prováveis de ocorrer em um mercado em equilíbrio competitivo. Harrington Junior (2008) destaca que, embora a associação de conduta colusiva às dinâmicas de preços não represente uma prova efetiva a respeito do cartel, possibilita avanços significativos no processo de filtragem sobre quais mercados podem apresentar essa conduta. Portanto, consiste em um ponto de partida para as investigações detalhadas a este respeito.

5.1 Verificação de indícios econômicos de cartel nos municípios de Nova Andradina e Dourados - MS, a partir do coeficiente de variação de preços

Neste artigo, primeiramente, foram calculados os coeficientes de variação de preços na revenda de GLP dos municípios de Nova Andradina e Dourados, MS, e estimados os seus respectivos valores médios, para o período completo, cartel e pós-cartel. O objetivo foi verificar se no período do cartel, a variabilidade dos preços foi comparativamente menor que no período posterior, em outras palavras, se os preços se tornam, comparativamente, mais alinhados. O corte temporal para o período do cartel foi estabelecido conforme informações disponíveis nos documentos do Processo Administrativo nº. 08700.000379/2020-24 (BRASIL, 2020b). A Tabela 2, a seguir, reporta os resultados encontrados para os dois municípios em análise.

Tabela 2 – Valor Médio dos Coeficientes de Variação de Preços na revenda de GLP, nos municípios de Nova Andradina e Dourados, MS

Município		Período	Média CVPR*
Nova Andradina	Série Completa	09/05/2004 a 16/08/2020	0,036292
	Cartel	06/01/2013 a 25/03/2018	0,041635
	Pós- Cartel	01/04/2018 a 16/08/2020	0,069853
Dourados	Série Completa	09/05/2004 a 16/08/2020	0,047024
	Cartel	06/01/2013 a 25/03/2018	0,044152
	Pós- Cartel	01/04/2018 a 16/08/2020	0,069346

Fonte: Resultados da Pesquisa.

* Coeficiente de Variação de Preços.

Verifica-se a partir da comparação dos valores médios dos coeficientes de variação de preços, que estes são menores no período de cartel do que no período pós-cartel, em ambos os municípios. Portanto, há evidências de que os preços estariam relativamente mais alinhados no período de conspiração.

A partir dos resultados encontrados para as médias dos coeficientes de variação de preços nos períodos de cartel e pós-cartel, foi possível corroborar a hipótese levantada por Abrantes-Metz *et al.* (2006) de que, durante o período de cartel, há uma redução na variância dos preços e, portanto, há diferenças no coeficiente de variação de preços quando comparado ao período pós-coloapso de um cartel. Entretanto, é importante salientar que, em mercados que oferecem produtos homogêneos,



a redução da variância, ou seja, o alinhamento de preços, pode ser consistente tanto em equilíbrio competitivo quanto em colusão. Desse modo, é necessário aplicar filtros adicionais, a fim de conferir robustez ao processo de filtragem para a detecção de indícios econômicos de cartel.

De acordo com Doane *et al.* (2015) e Eckert (2013), em economia não existe uma metodologia universal para detecção de comportamento cartelizado. Assim, nesse artigo, os modelos estimados para alcançar o objetivo proposto foram utilizados de forma complementar.

Diante disso, além do coeficiente de variação de preços, utilizou-se, como referência, conforme já comentado, o filtro proposto por Bolotova, Connor e Miller (2008)¹², assim como os trabalhos de Vasconcelos e Vasconcelos (2008) e Silva *et al.* (2021), que estimaram os modelos de volatilidade de preços para detectar indícios econômicos de cartel na revenda de gasolina comum. Além da estimação dos modelos ARCH e GARCH, com a introdução da variável *dummy* de cartel, estimou-se, também, o modelo TGARCH, como verificado em Silva *et al.* (2021). Na seção a seguir, apresenta-se os resultados e discussões dos modelos de volatilidade de preços estimados.

5.2 Detecção de indícios econômicos de cartel nos municípios de Nova Andradina e Dourados - MS, a partir de modelos de volatilidades de preços

Neste artigo, foram estimados os modelos de volatilidade de preços, ARCH (1, 1), GARCH (1, 1) e o TGARCH (1, 1)¹³, com a inclusão da variável *dummy* cartel, na equação da média e da variância. Os modelos permitiram modelar a média e a variância das séries de preços de revenda de GLP, nos municípios de Nova Andradina e Dourados - MS, Tabelas 3 e 4.

Para obter estimativas consistentes, primeiramente, realizou-se a transformação das séries de preços, a partir da extração dos seus retornos (R_t), dada pela logaritmização da diferença dos preços de uma semana anterior e os preços da semana posterior¹⁴. Na sequência, realizou-se o teste de raiz unitária de Dickey Fuller Aumentado (ADF). Os resultados deste teste sugeriram que as séries de preços transformadas foram estacionárias para ambos os municípios em análise, Tabelas 1A e 1B, em anexo. A fim de verificar se as séries transformadas são suscetíveis de serem modeladas pelo modelo ARCH, realizou-se o teste ARCH, que sugeriu a existência de efeito ARCH. Em outros termos, a hipótese nula de que as séries transformadas não apresentam evidências estatísticas de variância condicional foi rejeitada, Tabelas 2A e 2B, também em anexo.

A Tabela 3, a seguir, apresenta os resultados dos modelos de volatilidade estimados para o município de Nova Andradina - MS, no período de maio de 2004 a agosto de 2020.

Tabela 3 – Resultados dos modelos de volatilidade estimados para a média e variância em Nova Andradina - MS

Modelos Estimados	ARCH (1,1)	GARCH (1,1)	TGARCH (1,1)
Equação da Média			
AR(1)	-0,39335***	-0,46142***	-0,22136***

12 Neste artigo, diferentemente de Bolotova, Connor e Miller (2008), não foi inserida, como variável independente, a interação entre o preço e a variável *dummy*, pois o objetivo deste artigo foi testar a hipóteses de elevação de preços e redução da variância e não quantificar o percentual de elevação do preço neste período.

13 A ordem foi escolhida com base no critério SIC (*Schwarz Information Criterion*). Conforme destacou Silva (2016), o uso de apenas uma defasagem para estes modelos pode ser justificada pelo fato de que em jogos repetidos de cartéis, os agentes possuem informação suficiente para detectar e punir as violações nos acordos estabelecidos.

14 A referida transformação é dada por $R_t = \log\left(\frac{R_t}{R_{t-1}}\right)$.

Desvio-Padrão	0,03730	0,02404	0,06551
Dummy Cartel	0,00139***	0,00135***	0,00128***
Desvio-Padrão	0,00031	0,00026	0,00035
Equação da Variância			
Intercepto	0,00001***	0,00001***	0,00004***
Desvio-Padrão	0,00000	0,00000	0,00000
Resíduo (-1) ²	0,53870***	0,64297***	0,09916***
Desvio-Padrão	0,05936	0,06416	0,03316
Dummy Cartel	0,000004 ^{ns}	-0,000001**	-0,000001***
Desvio-Padrão	0,00000	0,000003	0,00000
GARCH (-1)		-0,09481***	0,14792***
Desvio-Padrão		0,01695	0,03448
Resíduo (-1) ² *Resíduo (-1) ² <0			1,02341***
Desvio-Padrão			0,12822

Fonte: Resultados da Pesquisa.

Nota: * Significativo a 10%; ** Significativo a 5%; *** Significativo a 1%, respectivamente.

Verifica-se que a maioria dos coeficientes estimados foram estatisticamente significativos. Especificamente, para todos os modelos estimados, *ARCH*, *GARCH* e *TGARCH*, a variável *dummy cartel*, inserida nas equações da média, foram positivas e estatisticamente significativas, sugerindo que, de janeiro de 2013 a março de 2018, a média do preço do GLP em Nova Andradina – MS, foi relativamente maior que a média do preço do GLP no período sem colusão neste município.

Para a equação da variância, o coeficiente estimado da *dummy cartel*, foi negativa e estatisticamente significativa nos modelos *GARCH* e *TGARCH*, sugerindo que, durante o período de cartel, ocorreu uma menor volatilidade dos preços de GLP. Somente o resultado da estimativa da variável *dummy cartel* para o modelo *ARCH* não permitiu verificar a ocorrência de menor variância dos preços de GLP, uma vez que, o coeficiente estimado se revelou estatisticamente não significativo.

A respeito do modelo *TGARCH*, verifica-se que o coeficiente de assimetria estimado foi positivo e estatisticamente significativo, sugerindo que a série possui impactos de choques assimétricos na variância dos preços, ou seja, existe um impacto diferenciado dos choques positivos e negativos na volatilidade.

A assimetria na transmissão de preços na revenda de combustíveis e outros derivados de petróleo é amplamente estudada na literatura internacional e nacional. Os resultados desses estudos indicam a existência de um descolamento de preços ao longo das cadeias produtivas. Especificamente, para o segmento revendedor de combustíveis, encontram-se evidências de assimetria positiva na transmissão de preços, de modo que, as elevações nos preços das distribuidoras são repassadas pelas revendedoras aos consumidores, de forma mais intensa que as quedas. Nas palavras de Bacon (1991, p. 1), “*Prices rise like rockets but fall like feathers*”.

Para a maioria dos modelos estimados, os resultados obtidos para o município de Nova Andradina – MS não permitiram rejeitar a hipótese de que, durante o período de cartel, o preço médio do GLP foi maior e a variância relativamente menor que no período em que o conluio não ocorreu. Além disso, foi possível verificar que, os modelos de volatilidades estimados foram eficientes



para testar evidências de indícios econômicos de cartel na revenda de GLP no mercado relevante geográfico em análise.

A Tabela 4, a seguir, reporta os resultados dos modelos de volatilidade estimados para o município de Dourados – MS, no período de maio de 2004 a agosto de 2020.

Tabela 4 – Resultados dos modelos de volatilidade estimados para a média e variância em Dourados - MS

Modelos Estimados	ARCH (1,1)	GARCH (1,1)	TGARCH (1,1)
Equação da Média			
AR(1)	-0,35997***	-0,31258***	-0,28811***
Desvio-Padrão	0,01701	0,07734	0,02680
Dummy Cartel	0,00011 ^{ns}	0,00039*	0,00050*
Desvio-Padrão	0,00028	0,00024	0,00030
Equação da Variância			
Intercepto	0,00002***	0,00001*	0,00001***
Desvio-Padrão	0,00000	0,00000	0,00000
Resíduo (-1) ²	0,82652***	0,38483*	0,03163***
Desvio-Padrão	0,05208	0,19974	0,00928
Dummy Cartel	0,00001***	0,000001 ^{ns}	-0,00000 ^{ns}
Desvio-Padrão	0,00000	0,00000	0,00000
GARCH (-1)		0,45495***	0,71742***
Desvio-Padrão		0,13356	0,01602
Resíduo (-1) ² *Resíduo (-1) ² < 0			0,49223***
Desvio-Padrão			0,04687

Fonte: Resultados da Pesquisa.

Nota: * Significativo a 10%; ** Significativo a 5%; *** Significativo a 1%, respectivamente.

Embora Dourados – MS seja o principal município citado e objeto de investigação de cartel no Processo Administrativo nº. 08700.000379/2020-24 (BRASIL, 2020b), os resultados obtidos pelas estimativas dos modelos permitiram corroborar, apenas parcialmente, a hipótese inicialmente levantada neste artigo.

Para os modelos *GARCH* e *TGARCH*, os coeficientes da variável *dummy cartel* da equação da média evidenciaram aumento no preço médio do GLP, durante o período do cartel. Esses resultados foram consistentes com as provas descritas no processo administrativo sobre o caso, que apontam coordenação entre revendedores, visando o aumento nos preços de GLP.

Por outro lado, não foi possível corroborar a hipótese de que houve diminuição da variância dos preços de GLP no período do cartel. Esse último resultado pode estar relacionado ao fato de que o município de Dourados foi o primeiro e o principal alvo da operação “*Laissez-Faire*”. Assim, mediante o início das investigações, em algum momento, as revendedoras podem ter se antecipado, elevando, portanto, a variabilidade dos preços de GLP, falseando uma concorrência, a fim de não serem descobertas. Essa conduta pode ter se refletido no coeficiente da variável *dummy cartel* para as equações de variâncias dos modelos *ARCH*, *GARCH* e *TGARCH*. Conforme destacou Silva (2016), variâncias elevadas e inconstantes ao longo do tempo podem estar associadas a cartéis com medidas

punitivas. Harrington Junior e Chen (2006) destacam que, dada a ilegalidade dos cartéis, os membros não somente almejam elevar os preços e lucros, mas, também, desejam não ser detectados.

O coeficiente de assimetria estimado no modelo *TGARCH*, foi positivo e estatisticamente significativo, sugerindo que a série possui impactos de choques assimétricos na variância.

Em suma, os resultados encontrados para a maioria dos modelos estimados foram eficientes no sentido de corroborar a hipótese de elevação dos preços médios de GLP. Entretanto, a hipótese de redução da variância foi constatada nos modelos *GARCH* e *TGARCH* para a cidade de Nova Andradina - MS. O fato de a hipótese sobre redução da variância não ter sido corroborada nos modelos estimados para o município de Dourados - MS não, necessariamente, representa ineficiência na metodologia proposta para a identificação de indícios econômicos de cartel, nem tampouco ausência de comportamento cartelizado por parte das revendedoras de GLP.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A revenda de GLP apresenta características que favorecem a formação de cartel. Nos últimos anos, este segmento de mercado tem sido alvo de denúncias e investigações de práticas de cartel pelos órgãos de defesa da concorrência. Mediante este contexto, o artigo teve como objetivo detectar indícios econômicos de cartel na revenda de GLP, em Nova Andradina e Dourados, MS, no período de maio de 2004 a agosto de 2020. Ambos os municípios foram selecionados, como mercado relevante geográfico, em razão da investigação iniciada pelo Ministério Público do Estado do MS, denominada Operação “*Laissez-Faire*” e a instauração do Processo Administrativo pelo Cade.

Os filtros econômicos comportamentais, utilizados neste artigo, buscaram testar a hipótese de que, durante o período do cartel, houve uma elevação no preço médio de GLP e diminuição em sua variância.

Os resultados obtidos evidenciaram que, para ambos os municípios, os coeficientes de variação de preços foram comparativamente menores durante o cartel. Portanto, sugere-se que os preços se revelaram mais alinhados. Os modelos de volatilidade estimados, especificamente, *GARCH* e *TGARCH*, permitiram aceitar a hipótese de que, em Nova Andradina-MS, ocorreu uma elevação no preço médio de GLP e diminuição em sua variância, durante o período de cartel. Já em Dourados - MS, estes modelos permitiram aceitar somente a hipótese de elevação do preço médio. Neste caso, apesar de a diminuição na variância do preço não ter sido detectada pelos modelos de volatilidade, não se pode concluir sobre ausência de indícios econômicos de cartel na revenda de GLP em Dourados - MS. Os coeficientes de assimetria, estimados no modelo *TGARCH*, apontaram que as séries, de ambos os municípios analisados, possuem impactos de choques assimétricos na variância, sugerindo que os choques positivos terão efeitos distintos sobre as séries que os choques negativos.

Mediante o exposto, é possível concluir que há indícios econômicos de cartel na revenda de GLP nos municípios analisados. Além disso, os filtros comportamentais, usualmente aplicados para detecção de indícios de cartel na revenda de gasolina, de maneira geral, também foram eficientes para esta análise, com enfoque no mercado revendedor de GLP.

Espera-se que este artigo possa motivar e nortear outras análises dessa natureza, que abarque não somente a revenda de GLP, para diferentes mercados relevantes geográficos, como, também,



outros segmentos da cadeia produtiva de petróleo, que possuem características semelhantes às revendas de gasolina comum e GLP e que são alvos de investigações a respeito de formação de cartel. Adicionalmente, que os órgãos de defesa da concorrência do país mantenham-se atentos ao comportamento das revendedoras e, portanto, aos reajustes de preços de GLP, a fim de preservar o bem-estar.

REFERÊNCIAS

ABRANTES-METZ, Rosa; BAJARI, Patrick. **Screen for Conspiracies and their Multiple Applications**. *Competition Policy Internacional*, [S. l.], v. 6, n. 2, 2010.

ABRANTES-METZ, Rosa M. *et al.* A variance screen for collusion. **International Journal of Industrial Organization**, [S. l.], v. 24, n. 3, p. 467-486, 2006.

AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. Anuário estatístico brasileiro do petróleo, gás natural e biocombustíveis: 2020. Rio de Janeiro: ANP, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/anuario-estatistico/anuario-estatistico-2020>. Acesso em: 22 ago. 2022.

AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). Série histórica do levantamento de preços. Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/precos-e-defesa-da-concorrenca/precos/precos-revenda-e-de-distribuicao-combustiveis/serie-historica-do-levantamento-de-precos>. Acesso em: 08 jul. 2022.

ATHEY, Susan; BAGWELL, Kyle; SANCHIRICO, Chris. Collusion and price rigidity. **The Review of Economic Studies**, Londres, v. 71, n. 2, p. 317-349, 2004.

BACON, Robert W. Rockets and Feathers: The Asymmetric Speed of Adjustment of U.K. Retail Gasoline Prices to Cost Changes. **Energy Economics**, [S. l.], v. 13, n. 3, p. 211-218, 1991.

BOLLERSLEV, Tim Peter. Generalized Autoregressive Conditional Heteroskedasticity. **Journal of Econometrics**, [S. l.], v. 31, n. 3, p. 307-327, 1986.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Nota Técnica Nº 11/2020/CGAA6/SGA2/SG/CADE**. Brasília: Cade, 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/3B7A25y>. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51**. Interessados: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF, Tropigás - Liguigás Distribuidora S/A, Minasgás Distribuidora de Gás Combustível Ltda., Paragás Distribuidora Ltda. Brasília, 2005.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.000379/2020-24**. Brasília, 2020b.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.003067/2009-67**. Interessados: Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, Copagaz Distribuidora de Gás Ltda., Nacional Gás Butano Distribuidora, Liguigás Distribuidora S/A, MINASGÁS S.A. INDÚSTRIA. Brasília, 2009.

BOLOTOVA, Yíuliya; CONNOR, John M.; MILLER, Douglas J. The impact of collusion on price behavior: empirical results from two recent cases. **International Journal of Industrial Organization**, [S. l.], v. 26,

n. 6, p. 1290-1307, 2008.

COLOMER, Marcelo; ALVES, Camila Pires; PRADO, Luiz Carlos Delorme. Mercado de distribuição de GLP no Brasil em perspectiva: uma análise da estrutura dos mercados relevantes. In: PINTO JÚNIOR, Helder Queiroz; COLOMER, Marcelo (org.). **Mercados de combustíveis e GLP: questões de regulação setorial e de concorrência**. Rio de Janeiro: Sindigás, 2022. p. 14-39. PDF.

COLOMER, Marcelo; VERNERSBACH, Aldren. Comportamento dos preços do GLP no Brasil: uma análise nacional e regional. p. 185-216. In: PINTO JÚNIOR, Helder Queiroz; COLOMER, Marcelo (org.). **Mercados de combustíveis e GLP: questões de regulação setorial e de concorrência**. Rio de Janeiro: Sindigás, 2022. p. 185-216. PDF.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). **Uma análise da nova lei do gás à luz do interesse público**. Brasília: Confederação Nacional da Indústria, 2020. Disponível em: www.portaldaindustria.com.br. Acesso em: 21 ago. 2022.

CUIABANO, Simone Maciel *et al.* Filtrando cartéis: a contribuição da literatura econômica na identificação de comportamentos colusivos. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 43-63, 2014.

DOANE, Michael J. *et al.* Screening for collusion as a problem of inference. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, Daniel D. **Oxford Handbook of International Antitrust Economics**. Oxônia: Oxford University Press, 2015. p. 523-553. v. 2.

ENDERS, Walter. **Applied econometric time series**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2008.

ECKERT, Andrew. Empirical studies of gasoline retailing: a guide to the literature. **Journal of Economic Surveys**, [S. l.], v. 27, n. 1, p. 140-166, 2013.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. **Balanco energético nacional**. Rio de Janeiro: Empresa de Pesquisa Energética, 2022. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt>. Acesso em: 24 ago. 2022.

ENGLE, Robert F. Autoregressive Conditional Heteroscedasticity with Estimates of the Variance of United Kingdom Inflation. **Econometrica**, New Haven, v. 50, n. 4, p. 987-1007, 1982.

GLOSTEN, Lawrence R.; JAGANNATHAN, Ravi; RUNKLE, David E. On the relation between the expected value and volatility of nominal excess returns on stocks. **The Journal of Finance**, [S. l.], v. 48, n. 5, p. 1779-1801, 1993.

HAMILTON, James D. **Time Series Analysis**. Princeton: Princeton University Press, 1994.

HARRINGTON JUNIOR, Joseph E. Detecting cartels. In: BUCCIROSSI, Paolo (ed.). **Handbook in Antitrust Economics**. Cambridge: MIT Press, 2008

HARRINGTON JUNIOR, Joseph E.; CHEN, Joe. Cartel pricing dynamics with cost variability and endogenous buyer detection. **International Journal of Industrial Organization**, [S. l.], v. 24, n. 6, p. 1185-1212, 2006.

LODI, Carlos Felipe; BICALHO, Lucia Navegantes. Padrão de concorrência e estruturas dos mercados regionais de GLP. In: PINTO JÚNIOR, Helder Queiroz; COLOMER, Marcelo (org.). **Mercados de combustíveis e GLP: questões de regulação setorial e de concorrência**. Rio de Janeiro: Sindigás, 2022. p. 114-136. PDF.

MORETTIN, Pedro A. **Econometria financeira: um curso em séries temporais financeiras**. São Paulo:



Blucher, 2017.

RAMALHO, Matheus Humberto Migliari; RIBEIRO, Eduardo Pontual. Ex-post evaluation of mean-variance cartel filters. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 26, p. 1-23, 2022.

SILVA, André Suriane da. **Filtros de cartéis baseados em dinâmica de preço**: uma aplicação ao varejo de combustíveis do Brasil. 2016. Tese (Doutorado em Economia) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/2257>. Acesso em: 13 ago. 2022.

SILVA, Estevão Miguel Cardoso da *et al.* Detecção de indícios de cartel: um estudo de caso para Belém/PA e Santarém/PA por meio de modelos de volatilidade. **Research, Society and Development**, Vargem Grande Paulista, v. 10, n. 13, p. 1-16, 2021.

SILVEIRA, Douglas Sad *et al.* Cartel Screening in the Brazilian Fuel Retail Market. **Revista Economia da ANPEC**, Niterói, v. 22, p. 53- 70, 2021.

SILVEIRA, Douglas Sad *et al.* Won't get fooled again: A supervised machine learning approach for screening gasolina cartels. **Energy Economics**, [S. l.], v. 105, 2022.

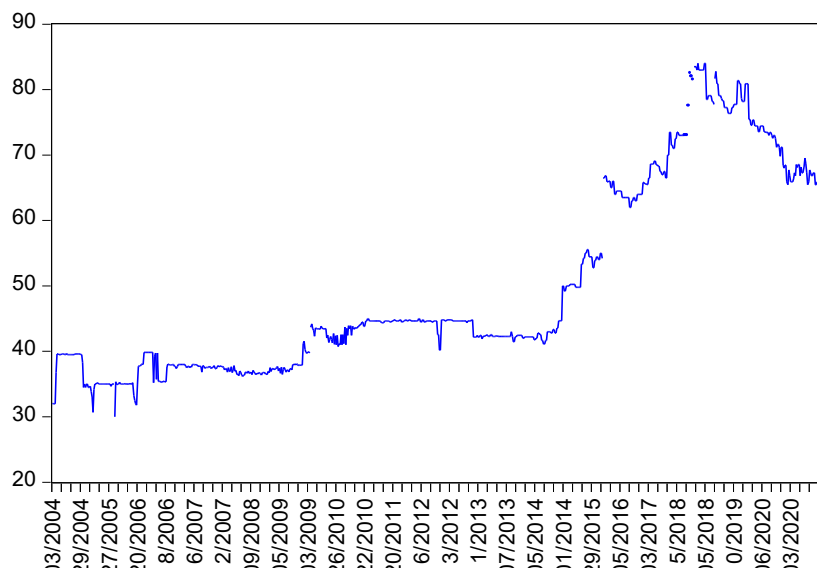
SINDIGÁS. **Panorama do Setor de GLP em Movimento**. 50. ed. Rio de Janeiro: Sindigás, 2022. Disponível em: www.sindigas.org.br. Acesso em: 22 ago. 2022.

VASCONCELOS, Silvinha Pinto; VASCONCELOS, Cláudio Fóffano. Análise do comportamento estratégico em preços no mercado de gasolina brasileiro: modelando volatilidade. **Análise Econômica**, Porto Alegre, v. 26, n. 50, p. 207-222, 2008.

ZAKOIAN, Jean-Michel. Threshold heteroskedastic models. **Journal of Economic Dynamics and control**, Amsterdã, v. 18, n. 5, p. 931-955, 1994.

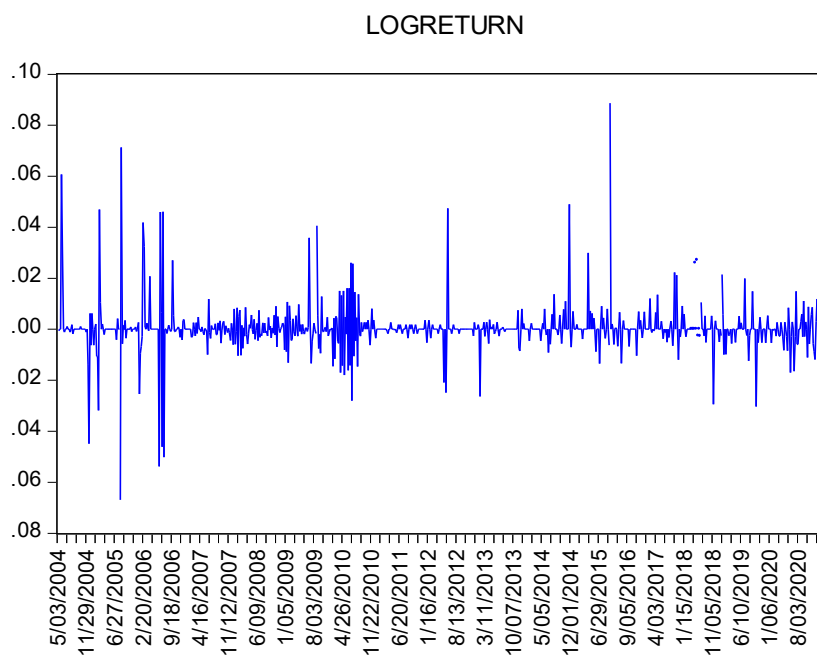
ANEXO A

Gráfico 1A – Evolução da série de preço médio na revenda de GLP praticado em Nova Andradina – MS no período de 09/05/2004 a 16/08/2020



Fonte: Resultado da Pesquisa.

Gráfico 2A – Evolução da diferenciação do logaritmo da série de preço médio na revenda de GLP (Logreturn) praticado em Nova Andradina – MS no período de 09/05/2004 a 16/08/2020



Fonte: Resultado da Pesquisa.

Tabela 1A - Teste de raiz unitária (ADF) na série Logreturn de GLP, Nova Andradina -MS

Variável	Estatística do Teste	Probabilidade
Logretun (R)	-35,17046	0,00000

Fonte: Resultado da Pesquisa.



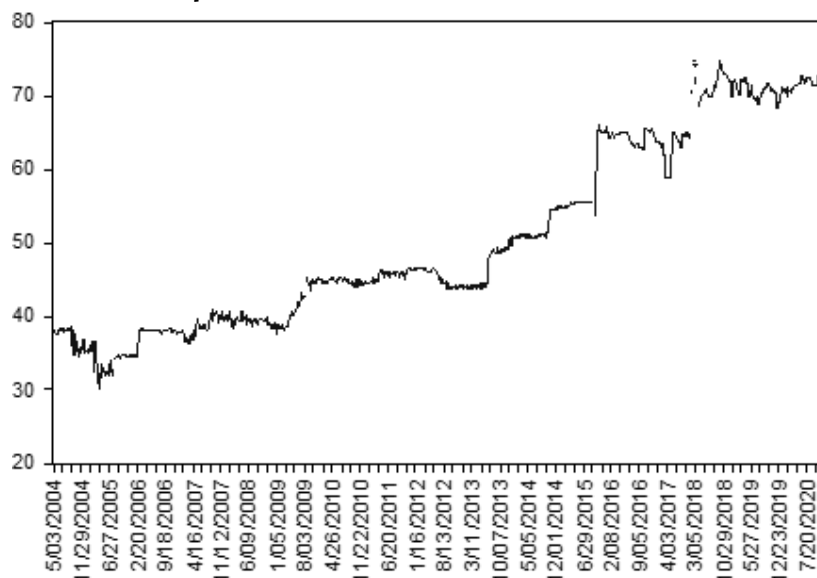
Tabela 2 A – Teste de Heterocedasticidade (Efeito ARCH) na série Logretun de GLP, Nova Andradina –MS

Variável	Estatística do Teste	Probabilidade
Logretun (R)	48,96978	0,00000

Fonte: Resultado da Pesquisa.

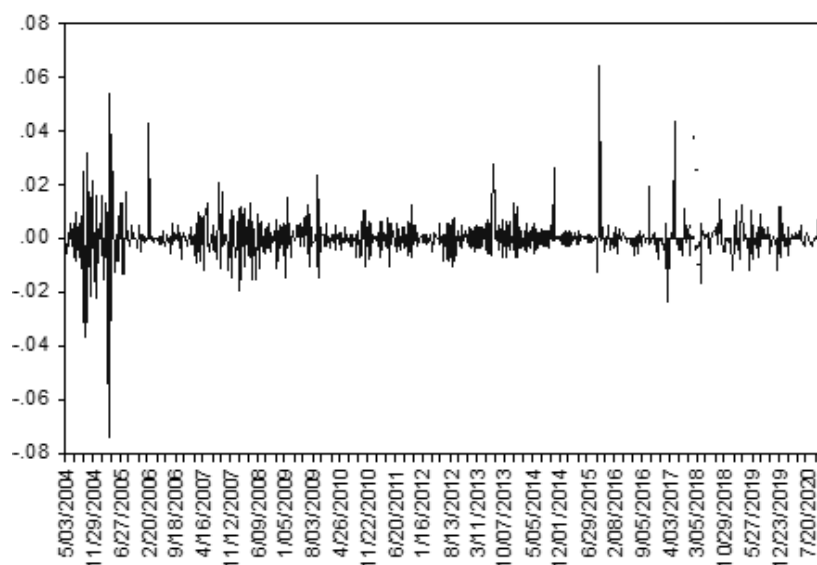
ANEXO B

Gráfico 1B – Evolução da série de preço médio na revenda de GLP praticado em Dourados – MS no período de 09/05/2004 a 16/08/2020



Fonte: Resultado da Pesquisa.

Gráfico 2B – Evolução da diferenciação do logaritmo da série de preço médio na revenda de GLP (Logretun) praticado em Dourados – MS no período de 09/05/2004 a 16/08/2020



Fonte: Resultado da Pesquisa.

Tabela 1B - Teste de raiz unitária (ADF) na série Logreturn de GLP, Dourados-MS

Variável	Estatística do Teste	Probabilidade
Logretun (R)	-45,33336	0,00000

Fonte: Resultado da Pesquisa.

Tabela 2B – Teste de Heterocedasticidade (Efeito ARCH) na série Logreturn de GLP, Dourados-MS

Variável	Estatística do Teste	Probabilidade
Logretun (R)	137,0276	0,00000

Fonte: Resultado da Pesquisa.



3

CONSÓRCIO ENTRE CONCORRENTES E AS RECENTES ORIENTAÇÕES DA COMISSÃO EUROPEIA CONSTANTES DO HORIZONTAL GUIDELINES DE 2023¹

Consortium between competitors and the recent guidelines of the European Commission contained in the Horizontal Guidelines of 2023

Natalie Giacomazzi Viccari²

Ministério Público Federal (MPF) – Brasília/DF, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Objetivo: O artigo examina inéditas e recentes orientações publicadas pela Comissão Europeia a respeito do consórcio entre concorrentes em licitações. Inicia contextualizando o instituto do consórcio no Direito Empresarial Brasileiro e no Direito Administrativo, apontando importantes mudanças incorporadas na nova Lei de Licitações. Trata do consórcio no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) abordando aspectos relativos ao controle de estruturas e ao controle de condutas. Aponta os efeitos ambíguos dos consórcios em licitações públicas, demonstrando que existem situações nas quais os consórcios são considerados pró-competitivos e, em outras, anticompetitivos. Sob tal perspectiva, cita os critérios elencados pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pelo Guia de Combate a Cartéis do Cade acerca da aferição do caráter concorrencial de um consórcio em licitações. Por fim, explora as atuais orientações da Comissão Europeia acerca do consórcio entre concorrentes em licitações.

Método: Pesquisa bibliográfica, legislativa e *soft law*

Conclusão: A mudança implementada na nova Lei de Licitações Brasileira, que tornou regra o que antes era exceção, permitiu a formação de consórcios entre empresas para participar de licitações, mas já desperta preocupações concorrenciais. De fato, no universo das licitações, os consórcios entre concorrentes podem reduzir o espectro da competição, representar um acordo entre agentes privados, aumentar tentativas de dominação de mercado e evitar a própria competição que haveria entre os agentes econômicos caso atuassem de forma individual. É patente que os mercados e os agentes privados precisam operar com segurança jurídica e previsibilidade para que advenham

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braidó, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4648392251476133>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 16/02/2023 **Aceito em:** 26/06/2023 **Publicado em:** 31/07/2023

2 Servidora pública federal de carreira do Ministério Público Federal. Assessora jurídica do Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – MPF/Cade. Especialista em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas e em Ciências Criminais pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. **E-mail:** natalie@mpf.mp.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6346370589905692>. **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0004-0514-588X>.

bons negócios, investimentos e crescimento econômico. Com fundamento no estado da arte que se tem hoje, seja nas disposições vigentes da Lei de Defesa da Concorrência, seja nas orientações de organismos internacionais e no *Horizontal Guidelines* de 2023 da Comissão Europeia, pode-se dizer que, para além das eficiências que podem justificar o consórcio abrangendo preços mais baixos, melhor qualidade do produto, escolha mais ampla ou realização mais rápida dos serviços, devem ser cumpridos os critérios da indispensabilidade do consórcio, o repasse aos consumidores das vantagens advindas e a não eliminação da concorrência. O ônus da prova das alegações, a depender do caso concreto, e do *standard* jurídico utilizado, poderá ficar a cargo dos agentes de mercado envolvidos na cooperação.

Palavras-chave: consórcio; licitações; concorrência; segurança jurídica; *Horizontal Guidelines*; indispensabilidade.

STRUCTURED ABSTRACT

Objective: The article examines unpublished and recent guidelines published by the European Commission regarding the consortium between bidders. It begins by contextualizing the consortium institute in Brazilian Business Law and Administrative Law, pointing out important changes incorporated in the new Bidding Law. It deals with the consortium in the Brazilian System for the Defense of Competition (SBDC) addressing aspects related to the control of structures and the control of conduct. It points out the ambiguous effects of consortia in public tenders, demonstrating that there are situations in which consortia are considered pro-competitive and, in others, anti-competitive. From this perspective, it cites the criteria listed by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and Cade's Guide to Combating Cartels regarding the assessment of the competitive character of a consortium in bidding processes. Finally, it explores the current guidelines of the European Commission regarding the consortium between bidders in bids.

Method: Bibliographical research and hard and soft law

Conclusion: The change implemented in the new Brazilian Bidding Law, which made the rule what was previously the exception, allowed the formation of consortia between companies to participate in bids, but already raises competition concerns. In fact, in the universe of bids, consortia between competitors can reduce the spectrum of competition, represent an agreement between private agents, increase attempts at market domination and avoid the very competition that would exist between economic agents if they acted individually. It is clear that markets and private agents need to operate with legal certainty and predictability for good business, investment and economic growth to happen. Based on the current state of the art, whether in the current provisions of the Competition Defense Law, or in the guidelines of international organizations and in the 2023 Horizontal Guidelines of the European Commission, it can be said that, in addition to the efficiencies that can be justify the consortium covering lower prices, better product quality, wider choice or faster execution of services, the criteria of the indispensability of the consortium, the passing on to consumers of the advantages arising and the non-elimination of competition must be fulfilled. The burden of proving the allegations, depending on the specific case and the legal standard used, may be borne by the market agents involved in the cooperation.

Keywords: consortium; bids; competition; legal security; Horizontal Guidelines; indispensability.



Sumário: 1. Introdução; 2. Estado da arte normativo dos consórcios no Brasil; 2.1. Panorama atual dos consórcios no Direito Empresarial e no Direito Administrativo; 2.2. Consórcio entre concorrentes no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC): do controle de estruturas ao controle repressivo de condutas; 2.2.1. O consórcio e o controle estrutural durante a vigência da Lei nº 8.884/1994 (antiga lei antitruste); 2.2.2. O consórcio e o controle de condutas previsto na Lei nº 12.529/2011; 3. Consórcio entre concorrentes em licitações públicas: da legitimidade ao abuso; 3.1 Efeitos ambíguos dos consórcios em licitações públicas; 3.2. Critérios elencados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pelo Guia de combate a cartéis do Cade acerca da aferição do caráter concorrencial de um consórcio em licitações; 4. Recentes orientações da Comissão Europeia acerca do consórcio entre concorrentes em licitação; 5. Considerações Finais; 6. Referência bibliográfica.

1. INTRODUÇÃO

Os atuais mercados cada vez mais especializados, de alto custo, ávidos por inovação e comprometidos com a agenda ESG³, indicam uma maior interação entre as empresas. A concorrência pelos mercados, por vezes, conduz os agentes econômicos em direção a relações de colaboração ou cooperação complexas fazendo com que concorrentes interajam de diversas maneiras, por meio de associações, grupos profissionais, *joint ventures*, como também por meio da formação de consórcio⁴.

Face à necessidade de conceber novas formas e estágios de associação, muitas vezes marcadas pela cooperação, surgem modalidades contratuais distintas, que representam um desafio para a academia e para o antitruste. Três dessas modalidades são de especial relevância para a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência Brasileira: os consórcios, as *joint ventures* e os contratos associativos, porque têm a capacidade de alterar a estrutura competitiva do mercado (MARITI; SMILEY, 1999).

A Comissão Europeia⁵ reconheceu, recentemente, que acordos de cooperação horizontal entre dois ou mais concorrentes que operam no mesmo nível no mercado podem levar a benefícios econômicos e de sustentabilidade substanciais, especialmente se as empresas combinarem atividades, habilidades ou ativos complementares (EUROPEAN COMMISSION, 2022). A cooperação horizontal pode ser um meio de compartilhar riscos, economizar custos, aumentar os investimentos, reunir *know-how*, melhorar a qualidade e a variedade dos produtos e acelerar a inovação.

3 ESG (*environmental, social and governance*), ou ASG, em sua versão em português (ambiental, social e governança).

4 A interação por meio de consórcio pode ser verificada, por exemplo, para o compartilhamento de estruturas e bases operacionais, como no caso do atual Ato de Concentração nº 08700.004940/2022-14, em trâmite no Cade, tendo como requerentes a Ultragas e a Bahiana Distribuidora de Gás Ltda. (Bahiana) e, do outro lado, a Supergasbras Energia Ltda. (SGB) e a Minasgás S.A. Indústria e Comércio (Minasgás) (BRASIL, 2022).

5 A Comissão Europeia controla e investiga práticas, fusões e auxílios estatais que possam afetar a concorrência, a fim de assegurar condições equitativas para as empresas da União Europeia e, ao mesmo tempo, garantir aos cidadãos a possibilidade de escolha e preços justos.

O consórcio entre empresas pode ser conceituado como a conjugação de esforços de sujeitos diversos com o objetivo de assegurar um resultado específico, que seria inviável ou inconveniente isoladamente.

A atual Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) inovou ao prever a possibilidade da formação de consórcio entre empresas, exceto se houver vedação justificada, tornando regra o que, no regime anterior, era exceção para as contratações públicas (BRASIL, 2021).

No entanto, a permissão da formação de consórcios entre concorrentes se por um lado é benéfica, por outro aumenta o risco de tentativas de dominação de mercado e eliminação da concorrência, na medida em que, no universo das licitações, os consórcios podem reduzir o espectro da competição e representar um acordo entre eventuais interessados (JUSTEN FILHO, 2021).

Muito já se falou e ainda se fala sobre a existência de ampla atribuição e discricionariedade do ente administrativo no desenho dos editais de licitação e que, ainda assim, os consórcios formados no bojo de procedimentos licitatórios devem obediência ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, inexistindo imunidade ou isenção antitruste. Alguns temas, todavia, ainda são pouco explorados e debatidos na academia, mas que, a despeito disto, não podem deixar de merecer a devida consideração.

Questões relativas a critérios e padrões objetivos para aferição do caráter concorrencial de um consórcio entre concorrentes interessam sobremaneira ao Direito Antitruste na medida em que situações existem nas quais tais arranjos podem significar dominação de mercado, eliminação da concorrência e permitir o acesso a informações concorrencialmente sensíveis, podendo se caracterizar abuso de direito.

Sob tal viés, o presente trabalho se propõe a examinar os efeitos ambíguos dos consórcios em licitações públicas, partindo do pressuposto de que podem gerar eficiências como também restrições à concorrência, a depender das peculiaridades do caso concreto. Trata dos critérios para aferição do caráter concorrencial de um consórcio em licitações a partir das orientações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e do Guia de Combate a Cartéis do Cade.

Por fim, um esforço será feito no sentido de trazer à luz as recentes orientações da Comissão Europeia para aferição do caráter concorrencial dos consórcios em licitações, considerados como forma de cooperação entre rivais diversa do cartel, a fim de contribuir para o amadurecimento do tema em solo brasileiro, propiciar novas pesquisas e debates, e contribuir para segurança jurídica e a festejada previsibilidade aos agentes de mercado.

2. ESTADO DA ARTE NORMATIVO DOS CONSÓRCIOS NO BRASIL

2.1. Panorama atual dos consórcios no Direito Empresarial e no Direito Administrativo

O consórcio entre empresas pode ser conceituado como a união de esforços de uma pluralidade de sujeitos, de modo a assegurar um resultado que seria inviável ou inconveniente isoladamente, ou seja, é uma sociedade entre sociedades (JUSTEN FILHO, 2021).

No Direito Empresarial, o consórcio é tratado formalmente na Lei das Sociedades Anônimas. O instituto não tem uma forma societária autônoma, não tem patrimônio próprio, nem se constitui em uma nova pessoa jurídica. Além disto, o consórcio é transitório e eventual, finalizado seu objeto,



que é específico, extingue-se a união.

São muitas as razões que ocasionam ou justificam a formação de uma união entre empresas na forma de consórcio, podendo ser resumidas na conjunção de experiências, na reunião de recursos financeiros, estruturas físicas, ferramental, pessoal especializado, capacidade técnica, otimização econômica de projetos, compartilhamento de riscos envolvidos, razões que tornam a junção de empresas indispensável ou mais eficiente.

Em síntese, a formação de consórcios entre empresas reside indubitavelmente em uma razão de ser: executar atividades que, por si sós, não poderiam realizar isoladamente. Um exemplo é o consórcio Norte Energia, cujo objeto foi a construção da atual terceira maior hidrelétrica do mundo, a Usina de Belo Monte, um investimento avaliado em R\$ 19,6 bilhões⁶. Em tal consórcio nove empresas se uniram para justamente conjugar recursos financeiros, operacionais e executar a grande obra, sem os quais nenhuma empresa, isoladamente, executaria (TEIXEIRA, 2017).

No Direito Administrativo, licitação é um instrumento direcionado a determinados fins (JUSTEN FILHO, 2021), cuja realização é obrigatória e deriva do texto constitucional (artigo 37, inciso XXI)⁷ tanto pela Administração Pública quanto por outros entes especificados em lei⁸.

A antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93) estabeleceu que a formação de consórcios, caso fosse permitida pelo edital da licitação, seria legal, desde que observados os requisitos previstos no referido diploma⁹. Nesse sistema foi conferido um certo grau de discricionariedade à Administração Pública ao poder decidir, dada a melhor satisfação do interesse público, pela permissão ou proibição da formação de consórcios, delineando as normas procedimentais licitatórias. Cabia aos órgãos licitantes e aos órgãos de controle considerarem todas as variáveis relevantes da licitação quando da elaboração do edital, tais como o mercado envolvido, a especificidade do produto ou do serviço fornecido, a necessidade de investimentos em infraestrutura ou em projetos específicos pelas participantes, dentre outras variáveis.

6 "A Norte Energia S.A. é responsável pela construção e operação da maior usina 100% brasileira: a Usina Hidrelétrica Belo Monte. Constituída sob a forma de Sociedade de Propósito Específico (SPE), a Companhia venceu o leilão de concessão em 20 abril de 2010. O prazo de gerenciamento da Usina pela Norte Energia, definido no contrato de concessão, é de 35 anos. Ao assumir o desafio de construir e operar a UHE Belo Monte, a Norte Energia firmou o compromisso de contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país, por meio da geração de energia elétrica limpa, renovável, confiável e a preço justo, utilizando o potencial hidrelétrico do rio Xingu" (NORTE ENERGIA S. A., [2022?]).

7 "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: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" (BRASIL, 1988).

8 Atual Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021): "Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange: I - os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa; II - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública" (BRASIL, 2021).

9 "Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados; II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital; III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei; IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente; V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato" (BRASIL, 1993).

O Tribunal de Contas da União explorou o caráter discricionário da decisão do ente administrativo competente no delineamento dos editais de licitação, quanto à participação de consórcios, em diversos julgados ao longo do tempo:

[...] a jurisprudência desta Corte aponta para o caráter discricionário no que concerne à decisão acerca da participação de consórcios nos diversos eventos licitatórios, a teor do art. 33 da Lei de Licitações. Para tanto, há que se demonstrar com fundamentos sólidos a escolha a ser feita pelo gestor durante o processo de licitação no que toca à vedação da participação de consórcios, ou mesmo à sua autorização (BRASIL 2012b).

O art. 33 da Lei de Licitações expressamente atribui à Administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios. Está, portanto, no âmbito da discricionariedade da Administração. Isto porque, ao nosso ver, a formação de consórcio tanto pode se prestar a fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), quanto a cerceá-la (associação de empresas que, caso contrário, concorreriam entre si). Com os exemplos fornecidos pelo Bacen, vemos que é prática comum a não aceitação de consórcios (BRASIL, 2006).

Em 1º de abril de 2021 foi promulgada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021). Apesar da nova lei entrar em vigor na data de sua publicação, as leis anteriores que disciplinam a matéria - Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/00 (Lei do Pregão) e Lei nº 12.492/11 (Regime Diferenciado de Contratação) - não foram revogadas imediatamente. Elas vigerão ainda por dois anos, ou seja, até o dia 1º de abril de 2023 (artigo 193, inciso II, da Lei nº 14.133/2021¹⁰). É importante ressaltar, ainda, que as normas sobre crimes e seu respectivo procedimento judicial contidas na Lei nº 8.666/93 estão revogadas desde já. As novas disposições sobre crimes em licitações e contratos administrativos, com aumento significativo das penas, já estão incorporadas no Código Penal e passam a valer imediatamente.

A respeito da participação dos consórcios em licitações, a referida lei inovou ao prever, no artigo 15, que a pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, exceto se houver vedação justificada:

Art. 15. Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas:

I - comprovação de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa líder do consórcio, que será responsável por sua representação perante a Administração;

III - admissão, para efeito de habilitação técnica, do somatório dos quantitativos de cada consorciado e, para efeito de habilitação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado;

¹⁰ “Art. 193. Revogam-se: I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei; II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei” (BRASIL, 2021).

IV - impedimento de a empresa consorciada participar, na mesma licitação, de mais de um consórcio ou de forma isolada;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato (BRASIL, 2021).

Desta maneira, atualmente, a regra geral é a permissão do consórcio nos processos licitatórios. A união das empresas somente não será permitida nos casos em que o edital justificadamente vedar a participação em consórcio. Tal motivação deve ser antecedida por uma criteriosa análise do mercado cujo objeto será licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos (JUSTEN FILHO, 2021).

Se no regime anterior as empresas já uniam esforços e interesses por meio do consórcio, supõe-se que, no atual regime, ocorra um aumento significativo da utilização do instrumento devido à expressa permissão legal e, por vezes, à ausência de vedação justificada nos procedimentos licitatórios.

Ao lado deste viés liberalizante, a lei previu regras de instrução processual para garantir mais segurança jurídica tanto aos responsáveis pelo processo licitatório quanto àqueles que dele tomarão parte. Foi o que se pretendeu com a regra que impõe à Administração a elaboração de “motivação circunstanciada das condições do edital [...] e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio” (BRASIL, 2021).

A nova lei também permitiu que, no consórcio entre empresas nacionais e estrangeiras, a liderança possa ser exercida por empresa estrangeira¹¹, prestigiando uma maior abertura e protagonismo às empresas estrangeiras. Tal norma advém da manifestação do Brasil de adesão ao Acordo de Compras Governamentais (*Government Procurement Agreement*) da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Dentre os objetivos do processo licitatório previstos na atual Lei de Licitações estão: assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; e incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável (artigo 11).

A nova Lei de Licitações se preocupou, ademais, de maneira expressa, sobre o tema da competição, tendo estabelecido no artigo 5º que um dos princípios que devem ser observados pelos

¹¹ Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

- a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;
- b) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes;
- c) sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvido financiamento de agência internacional;

III - opor resistência injustificada ao andamento dos processos e, indevidamente, retardar ou deixar de praticar ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa em lei (BRASIL, 2021).

entes licitantes é o da “competitividade”¹².

Para parte da literatura especializada (SUNDFELD; LIANDRO; GABRIEL, 2022), no entanto, a legislação administrativa, apesar de também ser orientada para o fomento da competição, não a tem como princípio absoluto. Neste sentido, sustenta-se que o direito administrativo e o setorial podem objetivar funções outras como, por exemplo, a atração urgente de investimentos privados em infraestrutura pública, estímulo ao capital nacional, fortalecimento de certas categorias de agentes, crescimento sustentável, facilitação da inovação em produtos e serviços (ARAGÃO, 2012). Como afirma Sundfeld (2013, p. 21) “o grau de penetração do princípio da concorrência no regime legal das licitações no Brasil varia da competição controlada à guerra de preços”.

Existe, desse modo, com base na discricionariedade administrativa e regulatória, uma ampla atribuição da autoridade administrativa no desenho procedimental dos editais de licitações e nas contratações públicas, assim como na própria calibragem e penetração do princípio da competitividade em setores regulados, desde que motivadamente. O Tribunal de Contas da União tem diversos julgados nesse sentido exigindo, em todos os casos, a motivação das escolhas administrativas¹³.

2.2. Consórcio entre concorrentes no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC): Do controle de estruturas ao controle repressivo de condutas

2.2.1 O consórcio e o controle estrutural durante a vigência da Lei 8.884/1994 (Antiga Lei Antitruste)

No que diz respeito ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), na vigência da Lei nº 8.884/1994 (antiga Lei de Defesa da Concorrência), o consórcio de empresas para participar de licitações e contratações administrativas era objeto de notificação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, fazendo parte do controle concorrencial de estruturas (BRASIL, 1994). A questão concorrencial inerente à formação de consórcio entre empresas sempre despertou interesse e preocupação da autoridade concorrencial. A regra inclusive foi objeto da Sumula nº 3 do Cade, publicada em 21 de setembro de 2007, que dispunha: “Nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública, o termo inicial do prazo do art. 54 § 4º, da Lei 8.884/94 é a data da celebração do contrato de concessão” (ZARZUR; PASTORE, 2007).

Naquela época, a análise realizada pela autoridade concorrencial no controle de estruturas baseava-se nas informações acerca das condições das empresas consorciadas de apresentar, isoladamente, proposta para a execução do projeto que estava sendo contratado pela licitação. Quanto mais evidências existissem de que uma ou mais das empresas consorciadas teriam tais condições, maior era a preocupação com os potenciais aspectos anticompetitivos do consórcio.

12 “Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)” (BRASIL, 2021).

13 O Tribunal de Contas da União (TCU) possui jurisprudência consolidada no sentido de exigir a motivação de tais decisões: i) Fica ao juízo discricionário da Administração Pública a decisão, devidamente motivada, quanto à possibilidade de participação ou não em licitações de empresas em consórcio (BRASIL, 2012a); ii) A decisão de vedar a participação de consórcio em licitação de obra pública insere-se na esfera de discricionariedade do gestor. Tal opção, contudo, demanda a explicitação de justificativas técnicas e econômicas robustas que a respaldem (BRASIL, 2012c).

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/11 (atual Lei de Defesa da Concorrência), a formação de consórcio entre empresas para participar de licitações deixou de ser considerada ato de concentração para os fins do artigo 88, que disciplina os atos que deverão ser submetidos ao escrutínio da agência antitruste brasileira, não sendo mais objeto de notificação obrigatória. O controle estrutural dos consórcios, desse modo, não foi mantido. É o que se verifica a partir da redação do parágrafo único do artigo 90 do citado diploma legal:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

- I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;
- II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;
- III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou
- IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes (BRASIL, 2011b).

O regime de controle concorrencial de estruturas no SBDC é *ex ante*. A competência do Cade para aprovar ou rejeitar atos de concentração se restringe aos casos elencados no artigo 88, *caput*, c/c o artigo 90, ambos da Lei nº 12.529/2011. Trata-se de competência exercida previamente, não havendo hipótese legal de aprovação ou rejeição *ex post* (artigo 88, § 3º, da LDC) (BRASIL, 2011b).

Em termos de política pública, a opção do legislador de retirar do controle concorrencial prévio os consórcios quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes, foi motivada no entendimento segundo o qual o ente licitante possui expertise e as melhores condições de desenhar as normas procedimentais licitatórias (possibilidades, formas e proibições de participação), como também porque a autoridade administrativa possui competência para autorizar, organizar e modular a competição nas contratações públicas e nos setores regulados, envolvendo poder discricionário e regulatório. Neste sentido, entendeu-se que a antiga Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), à época responsável pela advocacia da concorrência, seria o órgão com atribuição mais adequada para verificar eventuais questões concorrenciais em licitações públicas.

Tais conclusões decorreram do posicionamento do Legislativo expresso no Parecer às Emendas do Senado Federal, PSS 1 ao PL 3937/2004, apresentado em 05 de outubro de 2011, que aprovou a redação final do PL nos seguintes termos:

Exclusão de submissão de consórcios destinados a concorrer em licitações públicas (Emenda nº 22— Oitava parte - Art. 90 parágrafo único)

[...] Acreditamos que a forma mais eficiente de intervenção do SBDC para checagem de eventuais problemas concorrenciais em licitações públicas seja *ex-ante* dentro do próprio edital. E este controle foge ao formato convencional de análise de atos de concentração no Cade. Nesse contexto, a SEAE estaria, assim, como já o faz, naturalmente, mais bem equipada institucionalmente para um papel de advocacia da concorrência dentro dos editais deste tipo.

[...] Somos, portanto, **favoráveis à oitava parte da emenda nº 22 do Senado, referente ao parágrafo único do art. 90** (BRASIL, 2011a, p. 55).

Para o legislador a melhor forma que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência poderia intervir na conformação de editais de licitação seria por meio da atuação da advocacia da concorrência.

Com a edição da Lei nº 12.529/2011, foi retirada do Cade a atribuição para análise prévia de atos de concentração relativa ao controle de estruturas envolvendo a formação de consórcio entre empresas quando se destina a licitações promovidas pela Administração Pública e aos contratos delas decorrentes (artigo 90, parágrafo único, da LDC) (BRASIL, 2011b).

Portanto, em relação ao controle de estruturas, não há mais notificação obrigatória de atos de concentração relativos à formação de consórcio entre empresas para participar de licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes, sendo possível se falar em isenção de notificação obrigatória aos consórcios nessas situações.

Saliente-se que o artigo 88, §7º, da LDC faculta ao Cade requerer a submissão de atos de concentração que não se enquadrem nos requisitos legais de notificação prévia, conferindo à agência antitruste a possibilidade de verificar concentrações que gerem preocupações concorrenciais fora das hipóteses previstas na lei (BRASIL, 2011b).

2.2.2. O consórcio e o controle de condutas previsto na Lei nº 12.529/2011

É cediço que o fato de o legislador excluir do controle concorrenciais prévio, *ex ante*, os consórcios quando destinados às licitações promovidas pela administração pública não lhes confere, por óbvio, isenção ou imunidade antitruste¹⁴. Entender de forma diversa afastaria a atuação repressiva da agência antitruste relativa ao controle de condutas, *ex post*, instrumentalizada na Lei nº 12.529/2011, de base constitucional¹⁵.

A definição de infração à ordem econômica contida no artigo 36 da Lei Antitruste confere ao Cade ampla atribuição para investigar consórcios formados para participar de licitações públicas que possam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

14 Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: [...]

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes (BRASIL, 2011b).

15 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (BRASIL, 1988).

A diversidade de leis e órgãos que regulam os procedimentos licitatórios, por outro lado, conduz à falsa percepção de que faltaria ao Cade competência para investigar e punir condutas anticompetitivas envolvendo consórcios em licitações.

No entanto, a agência antitruste brasileira vem fortalecendo a persecução a conluio em procedimentos licitatórios¹⁶ e consolidando sua competência para também atuar na investigação e punição de condutas coordenadas e unilaterais¹⁷. Saliente-se que a investigação de consórcios pela eventual prática de infração concorrencial não ocorrerá meramente pela participação na licitação, mas apenas e tão somente quando houver indícios de prática de condutas anticompetitivas que violam a lei concorrencial brasileira, nos termos previstos no § 3º do artigo 36.

O consórcio pode ser enquadrado, a depender do caso concreto, na conduta de cartel, sendo um ilícito por objeto, como também em conduta coordenada horizontal quando formado entre concorrentes, que tenha por objeto ou possa produzir efeitos anticompetitivos, podendo-se enquadrar como um ilícito por efeitos.

Nem todos os tipos de condutas concertadas horizontais caracterizam-se como cartéis, há outras que exigem a intervenção da autoridade devido aos efeitos que produzem e, é por essa razão, inclusive, que a lei concorrencial tem tipificação aberta e permite a interpretação e a consolidação de seu conteúdo com as especificidades de cada caso concreto.

O próprio dinamismo dos mercados e a multiplicidade de práticas que podem ser promovidas pelos agentes econômicos para prejudicar a concorrência justificam a constante atualização dos conteúdos jurídicos da lei antitruste (FRAZÃO, 2017). O consórcio, ademais, também pode ser utilizado como meio e instrumento para a prática de outras e diversas condutas unilaterais, tanto exclusionárias como discriminatórias.

Há uma complementariedade de atribuições e competências do poder público, enquanto órgão regulador, e da autoridade antitruste, enquanto órgão repressivo, que deve atuar quando agentes privados cometam infrações concorrenciais ainda que sob o manto autorizador do edital de licitação e sob a forma aparentemente legítima do instituto do consórcio¹⁸.

Essa parece ser inclusive a melhor interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que não há hierarquia normativa e institucional entre o Cade e as agências reguladoras, mas uma verdadeira complementação de atribuições, com o aproveitamento da expertise de cada órgão.

3. CONSÓRCIO ENTRE CONCORRENTES EM LICITAÇÕES PÚBLICAS: DA LEGITIMIDADE AO ABUSO

3.1. Efeitos ambíguos dos consórcios em Licitações Públicas

¹⁶ No ano de 2022, o Cade estabeleceu, em parceria com o Ministério Público Federal, o Conselho Nacional dos Procuradores Gerais de Justiça e o Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas, a Frente Nacional de Combate a Cartéis (FNCC), assumindo diversos compromissos, dentre os quais se destaca o de desenvolver mecanismos e instrumentos mais sólidos e capazes de aperfeiçoar as investigações pelas Instituições.

¹⁷ Em maio de 2022, o Cade reestruturou a Coordenações-Geral de Análise Antitruste 11 para dedicar-se exclusivamente à investigação de infrações de condutas unilaterais, em atenção às recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

¹⁸ Mencionando a inexistência de imunidade concorrencial, é elucidativo trecho do voto do Conselheiro do Cade, Paulo Burnier, prolatado no bojo do Processo Administrativo n.º 08012.001518/2006-37: “Não se verifica no texto constitucional qualquer incompatibilidade ou prevalência entre as competências regulatória e concorrencial. Pelo contrário, ambas são consagradas no capítulo dos princípios gerais da atividade econômica, o que corrobora sua complementariedade. Ademais, não há hipótese de imunidade concorrencial prevista na Constituição, conforme farta doutrina majoritária sobre o assunto” (BRASIL, 2016).

O caráter competitivo de um processo licitatório é essencial para garantir e assegurar efetividade ao procedimento, cujo objetivo é a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Por tais razões, organismos internacionais como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Organização das Nações Unidas (ONU) frequentemente debatem o assunto, mais especificamente no que tange às potenciais restrições à concorrência em contratações públicas. Estudos indicam que o incremento da concorrência é capaz de levar à redução de 4% a 20% nos custos da contratação pública (OCDE, 2011; REINO UNIDO, 2004; PORTUGAL, 2016).

A formação de consórcios em licitações é, em princípio, lícita e legítima, na medida em que é prevista em lei e no edital licitatório, e, por vezes necessária, como nos casos de contratações de exigência técnica e/ou estrutural. Em tais casos, a própria Administração Pública admite a participação consorciada diante da complexidade do objeto licitado ou de outras justificativas. A literatura especializada partilha deste entendimento, afirmando que:

[...] Mesmo quando o consórcio se dá entre empresas de um mesmo setor econômico, pode envolver conhecimentos técnicos específicos e não compartilhados (mediante a conjugação e potencialização recíproca de acervos técnicos)

Mais do que isso: há determinadas obras e serviços que exigem tal associação, a fim de minorar os custos para a Administração e possibilitar a esmerada execução do contrato num prazo adequado ao interesse público posto em jogo (MOREIRA, 2005, p. 19).

A legitimidade do consórcio frente ao Direito Administrativo, no entanto, não é suficiente para garantir que esse arranjo seja incapaz de prejudicar a concorrência. Tal afirmativa parece soar paradoxal na medida em que um mesmo arranjo não pode ser legítimo para uma esfera específica do direito (Direito Administrativo) e ilícito para outra (Direito Concorrencial). Em outras palavras, um ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito, ou ele é lícito ou não é.

O fato de uma conduta ser lícita não quer dizer que seja possível dela abusar, surgindo a figura do abuso de direito. Os elementos compositivos da noção de abuso no Direito Antitruste perpassam necessariamente pelos ditames previstos na Lei Concorrencial Brasileira, em seus princípios e bases constitucionais.

No ordenamento jurídico brasileiro, a repressão ao abuso de poder econômico tem viés constitucional no artigo 173, § 4º, da Carta Magna¹⁹. A diretriz elencada no Título VII como cláusula de reserva legal vincula-se ao próprio princípio constitucional da livre concorrência previsto no artigo 170, *caput*, inciso IV²⁰, de modo que a aplicação da legislação antitruste assume caráter instrumental em relação aos demais fundamentos e objetivos da ordem econômica²¹. O poder econômico não pode

19 Artigo 173, § 4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros” (BRASIL, 1988).

20 “Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV – livre concorrência” (BRASIL, 1988).

21 A característica instrumental da lei concorrencial parece ser majoritária na doutrina, “O texto da Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser, entre nós, meio, instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’” (FORGIONI, 2016, p. 192) e “Consagrado no art. 170, IV, da Constituição Federal de 1988 e no art. 1º, da Lei Antitruste, o princípio da livre concorrência possui caráter instrumental. Trata-se, pois, de princípio balizador do princípio da livre-iniciativa, que consiste em instrumento por meio do qual se deve orientar o exercício da livre-iniciativa” (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 56).

sofrer de mau uso ou abuso, sob pena de contrariar os princípios norteadores da ordem econômica, notadamente a relação entre os princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência.

A Lei de Defesa da Concorrência não prevê como ilícito o fato de uma empresa deter posição dominante em determinado mercado relevante, ao contrário, indica expressamente que a “conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores” não caracteriza ato ilícito (artigo 36, § 1º, da LDC) (BRASIL, 2011b). No Brasil, apenas o abuso ou o mau uso da posição dominante é considerado ilícito.

Tal qual o direito civil tratou do instituto do abuso de direito para abarcar situações nas quais o titular de um direito o exerce de forma a prejudicar terceiros, indo além das fronteiras permitidas, o direito econômico cunhou a expressão abuso de posição dominante para tratar dos casos nos quais agentes econômicos usam de seu poder para distorcer e prejudicar o processo competitivo (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016).

Partindo dessas premissas, ou seja, da legitimidade dos consórcios em licitação e, por vezes, do abuso de tal instituto, é que os consórcios entre concorrentes em licitações públicas podem ser analisados. Mas como definir objetivamente parâmetros para legitimidade e abuso?

A resposta para tal indagação não é tarefa simples e exige do operador análise profunda a respeito das características do mercado relevante envolvido, do tamanho e do poder econômico das empresas consorciadas, da indispensabilidade da união dos agentes para a consecução do edital e das peculiaridades do caso concreto, como questões econômicas, financeiras e técnicas envolvidas.

Parece relevante, neste ponto, considerar três fatores para determinar o centro de gravidade de quaisquer acordos de cooperação entre agentes de mercado: i) o ponto de partida da cooperação (razão da cooperação); ii) a qualidade dos agentes privados envolvidos; e iii) o mercado em análise.

Por exemplo, o consórcio entre empresas pode incrementar a competição em determinada licitação ao permitir que empresas menores sem capacidade técnica ou financeira, possam se consorciar para atender ao objeto da licitação, como também pode prejudicar a competitividade quando grandes empresas, já com significativo poder de mercado, se unam para eliminar a concorrência e dividir o mercado. Por razões de ordem técnica, de elevada complexidade de execução, por motivos econômico-financeiros ou por inviabilidade de parcelamento do material do objeto licitado, ou até para evitar a demasiada restrição de possíveis licitantes, é possível, e até recomendável a associação de empresas (v.g., consórcio) para melhor executar o objeto do contrato.

Há, portanto, diversas razões para justificar o consorciamento entre empresas, por outro lado, existem diversas preocupações concorrenciais a depender da qualidade dos agentes privados envolvidos e do mercado em análise.

Devido à necessidade cada vez maior de conceber novas formas e estágios de associação entre agentes econômicos, aliada à apontada presença de efeitos ambíguos dos consórcios em licitação, organismos internacionais (OCDE, 2021), autoridades antitrustes (EUA, 2000; BRASIL, 2019; UNIÃO EUROPEIA, 2022) e a literatura especializada traçam critérios objetivos e orientações a fim de auxiliar a análise concorrencial acerca do caráter competitivo ou eliminatório dos consórcios entre concorrentes.

3.2. Critérios elencados pela organização para cooperação e desenvolvimento econômico

(OCDE) e pelo Guia de Combate a Cartéis do Cade acerca da aferição do caráter concorrencial de um consócio em licitações

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) reconhece que identificar quando uma proposta conjunta é suscetível de produzir efeitos pró-competitivos ou anticoncorrenciais é uma atividade complexa. Para tanto, elenca alguns critérios para a aferição do caráter concorrencial de um consócio em licitações, classificando-os em critérios que indicam um caráter pró-competitivo e critérios que denotam a existência de aspectos anticompetitivos na atuação consorciada entre empresas:

Quadro 1 – Critérios aplicados pela OCDE para determinar a competitividade dos consórcios

Pró-competitivo	Anticompetitivo
Os fornecedores são ativos em mercados distintos.	Cada uma das empresas possui recursos econômicos, financeiros e técnicos para atender ao contrato individualmente.
Os participantes do consócio oferecem um serviço integrado único que não poderia ser oferecido de forma independente.	O consócio é formado pelos maiores concorrentes no mercado relevante.
Dois ou mais fornecedores ativos em diferentes áreas geográficas apresentam propostas que atendem a todo o território contratual, gerando eficiências.	O consócio não gera eficiências ou as eficiências não são repassadas para os compradores em termos de redução de preços, maior qualidade ou melhor entrega.
Dois ou mais fornecedores combinam capacidades para atender a contratos amplos que não poderiam ser atendidos individualmente.	O consócio permite que os membros troquem informações entre si que pode prejudicar a concorrência em contratações futuras.

Fonte: OCDE (2021, p. 62).

De acordo com os critérios delineados pela OCDE, o caráter anticompetitivo de um consócio evidencia-se, em síntese, a partir da análise de alguns elementos: i) constituição pelas maiores concorrentes no mercado relevante; ii) possibilidade das empresas atenderem ao objeto do contrato de forma individual, possuindo recursos econômicos, financeiros e técnicos; iii) permissão aos membros do consócio para troca de informações entre si, situação que pode comprometer a concorrência em contratações futuras; e iv) o consócio não gera eficiências ou estas não são repassadas aos compradores.

A *Federal Trade Commission*, dos Estados Unidos da América, afirma que há riscos concorrenciais quando a cooperação dá aos concorrentes a capacidade de exercer o poder de mercado em conjunto:

A fim de competir em mercados modernos, os concorrentes por vezes precisam de colaboração. As forças competitivas estão guiando as empresas em direção a colaborações complexas para alcançar objetivos tais como a expansão para mercados estrangeiros, o financiamento de dispendiosos esforços de inovação, e a redução dos custos de produção e outros.



No ambiente de mercado atual, os concorrentes interagem de muitas maneiras, através de associações comerciais, grupos profissionais, joint ventures, organizações que estabelecem padrões, e outros grupos industriais. Tais relações são frequentemente não apenas competitivamente benignas, mas também pró-competitivos. Mas existem riscos concorrenciais quando concorrentes interagem a tal ponto que já não agem independentemente, ou quando a colaboração dá aos concorrentes a capacidade de exercer o poder de mercado em conjunto (EUA, 2020)²².

O Guia de Combate a Cartéis em Licitação do Cade caminha no mesmo sentido e registra preocupações concorrenciais na formação de consórcios por empresas que possuam capacidade técnica e financeira para prestarem o serviço licitado isoladamente:

Em geral, isso ocorre em casos em que as empresas tem capacidade técnica e financeira para, isoladamente, prestarem o serviço e/ou fornecerem o produto licitado, mas decidem formar consórcio. Tais consórcios, portanto, reduzem a competitividade do certame – haja vista que potenciais concorrentes suprimem suas propostas individuais, passando a formar um consórcio – e alocam as parcelas do objeto licitado às consorciadas. A permissão para formação de consórcios pode, ainda, incentivar as empresas a acordarem os ganhadores de cada licitação em uma situação em que haja certa previsibilidade de ocorrência dos certames e que os produtos sejam similares entre si. Toma-se, como exemplo, um mercado com cinco agentes e com previsão de lançamento de duas licitações em que é permitida a formação de consórcios. Os concorrentes têm incentivos para, ao invés de participarem individualmente do certame, formar consórcios, de modo que todos saíam beneficiados, com uma margem de preço superior ao cenário competitivo (BRASIL, 2019a, p. 45).

A Superintendência Geral do Cade já se debruçou sobre casos envolvendo a formação de consórcio entre concorrentes, principalmente no bojo de cartéis em licitação, analisados sob a regra *per se*. No complexo e gigantesco “cartel de trens e metrô de São Paulo” (Cade, Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41) foi reconhecido que o consórcio entre as empresas foi utilizado como meio para prática do cartel. O argumento da formação legítima de consórcios não prosperou. Foi demonstrado que as empresas não se reuniram para negociar parcerias a fim de cumprir requisitos técnicos dos editais, mas sim para dividir mercado e ajustar preços. Nesse sentido, é o voto do E. Relator, Conselheiro João Paulo Resende:

[...] as provas reunidas aos autos comprovam que os consórcios e subcontratações não eram apenas fruto de necessidades técnico-financeiras, mas sim resultantes de uma divisão de mercado entre

22 Tradução livre de: “*In order to compete in modern markets, competitors sometimes need to collaborate. Competitive forces are driving firms toward complex collaborations to achieve goals such as expanding into foreign markets, funding expensive innovation efforts, and lowering production and other costs. In today’s marketplace, competitors interact in many ways, through trade associations, professional groups, joint ventures, standard-setting organizations, and other industry groups. Such dealings often are not only competitively benign but procompetitive. But there are antitrust risks when competitors interact to such a degree that they are no longer acting independently, or when collaborating gives competitors the ability to wield market power together*”.

concorrentes que visava acomodar os interesses dos diferentes agentes e eliminar ou mitigar a concorrência nos certames. Nesse sentido, conforme se verá ao longo do presente voto, há diversos documentos nos autos que afirmam expressamente que tais arranjos deveriam ser feitos “por razões políticas” e para que fossem evitadas “guerras de preços”. Esses documentos demonstram desde logo que o argumento da formação legítima de consórcios não prospera no presente caso, havendo extenso conjunto probatório em sentido contrário (BRASIL, 2019b).

Portanto, a partir da análise em conjunto dos critérios objetivos acima elencados, observa-se que merecem atenção os seguintes aspectos: (i) possibilidade das empresas, isoladamente, prestarem o serviço e/ou fornecerem o produto licitado; e (ii) poder de mercado exercido no mercado relevante em questão.

Tais esclarecimentos servem de balizada para nortear se a atuação de um consórcio em determinada licitação, ainda que legítimo, tem o potencial de causar prejuízos à livre concorrência e efeitos nocivos à Ordem Econômica, sendo possível enquadrá-lo na conduta de cartel ou em conduta colusiva diversa, a depender da análise do caso em concreto.

4. RECENTES ORIENTAÇÕES DA COMISSÃO EUROPEIA ACERCA DO CONSÓRCIO ENTRE CONCORRENTES: “HORIZONTAL GUIDELINES 2023”

Em março de 2022, a Comissão Europeia publicou para consulta das partes interessadas os projetos de revisão dos regulamentos de isenção por categorias aplicáveis aos acordos de pesquisa e desenvolvimento e aos acordos de especialização, designados em conjunto “HBERs”, e das Orientações aplicáveis aos acordos de cooperação horizontal “Horizontal Guidelines” (UNIÃO EUROPEIA, 2022).

As novas regras, que entrarão em vigor em 1º de julho de 2023 (UNIÃO EUROPEIA, 2016), tem como principal objetivo, segundo Margrethe Vestager, Executive Vice-President, dar segurança jurídica aos agentes de mercado e apoiar a transição digital e ecológica na União Europeia, na medida em que a cooperação horizontal pode gerar eficiências econômicas e de sustentabilidade (EUROPEAN COMMISSION, 2022).

O artigo 101.º1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) proíbe acordos de cooperação horizontal que impeçam, restrinjam ou falseiam a concorrência no mercado (UNIÃO EUROPEIA, 2016)²³. Tal artigo se aplica às empresas ou às associações de empresas. O mesmo diploma legal prevê exceções à regra (“exemptions”), em seu artigo 101.º, n.º 3 (UNIÃO EUROPEIA, 2016)²⁴.

23 “Artigo 101. 1. 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 suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
- 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 objeto desses contratos” (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

24 “Artigo 101. 3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: — a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, — a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e — a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos



reconhecendo que determinados acordos restritivos podem dar origem a eficiências capazes de compensar os efeitos negativos da restrição à concorrência. Tal previsão, assim, pode ser alegada e aplicada a casos individuais ou a categorias de acordos e práticas concertadas, mediante regulamentos de isenção por categoria.

A parte específica que interessa ao presente estudo diz respeito às novas orientações da Comissão Europeia sobre acordos de cooperação horizontal (*Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements*), especificamente no que se refere ao tema do consórcio em licitação (*bidding consortia*).

Consta que o objetivo principal da revisão é proporcionar segurança jurídica, auxiliando as empresas na apreciação dos seus acordos de cooperação horizontal ao abrigo das regras de concorrência da União Europeia, garantindo ao mesmo tempo uma proteção eficaz da concorrência. Visam também facilitar a cooperação entre empresas de forma economicamente desejável e, assim, contribuir para as transições ecológica e digital, além promover a resiliência do mercado interno.

Ao tratar do consórcio em licitação (*“bidding consortia”*), o *Guidelines*, inicialmente, faz um *disclaimer* ao conceituá-lo como a situação na qual duas mais empresas cooperam para apresentar proposta conjunta em licitação pública e distingui-lo do *“bid rigging or collusive tendering”*, que configura acordo ilícito por objeto por envolver grave restrição à concorrência, como supressão e rodízio de propostas, adjudicações de contratos e manipulação de procedimentos no bojo de cartel (EUROPEAN COMMISSION, 2023).

Interessantíssimo é o ponto que esclarece que a infração pode ser qualificada tanto por objeto como por efeito, a depender das particularidades do caso concreto. Afirma-se que, em circunstâncias nas quais dois ou mais agentes podem concorrer individualmente e não há um grau significativo de integração de recursos e atividades das partes, uma licitação conjunta equivaleria, em princípio, a uma restrição por objeto, porque envolve a fixação de preços entre concorrentes e esta disposição não parece acessória a uma cooperação genuína entre as partes. Esclarece ainda que, podem existir outras razões para que tal contrato de consórcio seja considerado uma restrição por objeto, por exemplo, se um agente, que poderia ter licitado individualmente, entrar em um acordo de licitação conjunta com um ou mais agentes com o objetivo específico de se antecipar a uma oferta conjunta concorrente desses outros agentes, mesmo que em consórcio com um terceiro (EUROPEAN COMMISSION, 2023).

Orienta-se que, na ausência de uma restrição por objeto, a análise por efeitos anticompetitivos depende de uma avaliação específica de, entre outros fatores, como a concorrência se desenrolaria de maneira mais *“realistically play out without the bidding consortium”*.

Em qualquer caso, um acordo de consórcio de licitação entre concorrentes ao qual se aplica o artigo 101.º, n.º 1 do TFUE (que proíbe acordos de cooperação horizontal que impeçam, restrinjam ou falseiam a concorrência no mercado) pode preencher as condições do artigo 101.º, n.º 3 (que prevê exceções à regra). As possíveis eficiências podem assumir a forma de preços mais baixos, mas também de melhor qualidade, maior escolha ou realização mais rápida dos produtos ou serviços abrangidos pelo concurso. Além disso, devem ser preenchidas as outras condições do n.º 3 do artigo

produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, 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 objetivos; b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa” (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

101.º (indispensabilidade, repasse ao consumidor e ausência de eliminação da concorrência).

Em processos licitatórios, essas condições costumam estar interligadas: os ganhos de eficiência de uma oferta conjunta por meio de um contrato de consórcio de licitação são mais facilmente repassados aos consumidores – na forma de preços mais baixos ou melhor qualidade da oferta – se a concorrência pela adjudicação do contrato não é eliminada e outros concorrentes efetivos participam do processo licitatório.

No essencial, as condições do n.º 3 do artigo 101.º (exceções à regra) podem ser preenchidas se a proposta conjunta permitir às partes apresentarem uma oferta mais competitiva do que as que poderiam apresentar individualmente – em termos de preço e/ou qualidade – e os benefícios para a entidade contratante e para os consumidores finais superam as restrições à concorrência. As eficiências devem ser repassadas aos consumidores e não atenderão às condições do Artigo 101 (3) se apenas beneficiarem as partes do consórcio licitante.

Um dos pontos de destaque do atual *Guidelines*, assim, é a orientação que permite a apreciação de efeitos pró-concorrenciais dos acordos restritivos para efeitos de aplicação do artigo 101.º, n. 3º, do TFUE. Nesse caso, consta que o ônus da prova recai sobre a empresa ou empresas que invocam o benefício da referida disposição, de modo que os argumentos factuais e os elementos de prova apresentados pela empresa devem permitir à Comissão chegar à conclusão de que o acordo em questão tem probabilidades suficientes de dar origem a efeitos pró-concorrenciais (EUROPEAN COMMISSION, 2023)²⁵.

Consta, ainda, que os seguintes elementos devem ser analisados: posição das partes no mercado relevante, número e posição de mercado dos demais participantes da licitação, conteúdo do contrato de consórcio, produtos ou serviços envolvidos na licitação e condições do mercado²⁶.

Esclarece-se, ademais, que, para além das eficiências que podem justificar o consórcio abrangendo preços mais baixos, melhor qualidade do produto, maior escolha ou realização mais rápida dos serviços, devem ser cumpridos, ainda, todos os critérios previstos no artigo 101., nº 3, do TFUE, quais sejam, a indispensabilidade do consórcio, a repasse aos consumidores e não eliminação da concorrência²⁷.

A Comissão enfatiza que, quanto mais elevado for o poder de mercado das partes, menos provável é que estas repassem os ganhos de eficiência aos consumidores em uma medida que compense os efeitos restritivos à concorrência²⁸.

Em síntese, o recente *Guidelines* Europeu, na parte específica aqui explorada, traz importantes

25 Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements. 1.2.7. Assessment under Article 101 (3). 35. p. 15.

26 Draft revised Horizontal Guidelines “395. In any event, a consortium agreement between competitors can fulfil the criteria of Article 101(3). Generally a specific and concrete assessment will be necessary, on the basis of various elements such as the parties’ position in the relevant market, the number and the market position of the other participants to the tender, the content of the consortium agreement, the products or services involved and the market conditions” (UNIÃO EUROPEIA, 2022).

27 Draft revised Horizontal Guidelines. “396. In terms of efficiencies, these can take the form of lower prices, but also of better quality, wider choice or faster realization of the products or services concerned by the call for tenders. In addition, all the other criteria of Article 101(3) need to be fulfilled (indispensability, pass-on to consumers and no elimination of competition). In tender procedures these are often interlinked: the efficiency gains of a joint bid through a consortium agreement are more easily passed on to consumers – in the form of lower prices or better quality of the offer – if competition with regard to the tender is not eliminated, and other relevant competitors take part in the bidding procedure” (UNIÃO EUROPEIA, 2022).

28 Draft revised Horizontal Guidelines. “193. Moreover, the higher the market power of the parties, the less likely they are to pass on the efficiency gains to consumers to an extent that would outweigh the restrictive effects on competition” (UNIÃO EUROPEIA, 2022).



vetores para a análise concorrencial de cooperações horizontais entre dois ou mais concorrentes.

De uma forma resumida, pode-se dizer que a orientação é de que acordos de cooperação horizontais demandam quatro critérios para que não despertem preocupações concorrenciais: i) ganhos de eficiências (traduzidos em preços mais baixos, melhor qualidade do produto, maior escolha ou realização mais rápida dos serviços, cujo ônus da prova é da empresa); ii) caráter indispensável (a empresa não teria capacidade de atender às exigências do contrato individualmente ou atingir às eficiências de tal modo); iii) repasse aos consumidores e à entidade adjudicante, não beneficiando apenas as partes do contrato; e, por fim, iv) a não eliminação da concorrência.

5. CONCLUSÃO

É assente que a cooperação entre empresas concorrentes pode gerar eficiências econômicas e de sustentabilidade, notadamente na atual transição digital e ecológica que o mundo está passando.

No Brasil, a recente mudança implementada na nova Lei de Licitações, que tornou regra o que antes era exceção, permitindo a formação de consórcios entre empresas para participar de licitações, deu mais liberdade aos agentes privados e ao próprio ente governamental no desenho dos editais de licitação, mas já desperta preocupações concorrenciais.

De fato, no universo das licitações, os consórcios entre concorrentes podem reduzir o espectro da competição, representar um acordo entre agentes privados, aumentar tentativas de dominação de mercado, permitir às empresas troca de informações comercialmente sensíveis e evitar a própria competição que haveria entre os agentes econômicos caso atuassem de forma individual.

Para além das mencionadas preocupações concorrenciais, é patente que os mercados e os agentes privados precisam operar com segurança jurídica e previsibilidade para que advenham bons negócios, investimentos e crescimento econômico.

Nesse contexto, definir critérios objetivos para aferição do caráter concorrencial de um consórcio, calibrar o grau de penetração do princípio da competitividade no desenho dos editais de licitação, principalmente em setores regulados, e sinalizar ao mercado os standards jurídicos da agência antitruste brasileira são alguns dos desafios que se impõem a fim de que se desenvolva uma boa política de *enforcement* antitruste.

No Brasil, a definição de infração à ordem econômica contida no artigo 36 da Lei Antitruste confere ao Cade atribuição para investigar consórcios formados para participar de licitações públicas que possam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Recentemente, a Comissão Europeia publicou orientações sobre a aplicação de isenções aos acordos de cooperação horizontal (*Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements*), e orientações específicas no que se refere ao tema do consórcio de empresas em licitação (*bidding consortia*)²⁹. Quatro critérios foram destacados para que o consórcio não desperte preocupações concorrenciais: i) ganhos de eficiências; ii) indispensabilidade da associação; iii) repasse aos consumidores e à

²⁹ *Draft revised Horizontal Guidelines. “396. In terms of efficiencies, these can take the form of lower prices, but also of better quality, wider choice or faster realization of the products or services concerned by the call for tenders. In addition, all the other criteria of Article 101(3) need to be fulfilled (indispensability, pass-on to consumers and no elimination of competition). In tender procedures these are often interlinked: the efficiency gains of a joint bid through a consortium agreement are more easily passed on to consumers – in the form of lower prices or better quality of the offer – if competition with regard to the tender is not eliminated, and other relevant competitors take part in the bidding procedure” (UNIÃO EUROPEIA, 2022).*

entidade adjudicante, não beneficiando apenas as partes do contrato; e, por fim, iv) a não eliminação da concorrência.

Muitos questionamentos derivam das considerações aqui tecidas e podem alimentar outras pesquisas. Não se tem a pretensão de esgotá-las. No entanto, com fundamento no estado da arte que se tem hoje, seja nas disposições vigentes da Lei de Defesa da Concorrência, seja nas orientações de organismos internacionais e de outras autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo, pode-se dizer que, para além das eficiências que podem justificar o consórcio abrangendo preços mais baixos, melhor qualidade do produto, escolha mais ampla ou realização mais rápida dos serviços, devem ser cumpridos os critérios da indispensabilidade do consórcio, o repasse aos consumidores das vantagens advindas e a não eliminação da concorrência. O ônus da prova das alegações, a depender do caso concreto, e do *standard* jurídico utilizado, poderá ficar a cargo dos agentes de mercado envolvidos na cooperação.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3CuYmPI>. Acesso em: 20 set. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer às Emendas ou ao Substitutivo do Senado 1 ao PL 3937/2004**. Autor: Deputado Pedro Eugênio. Brasília, 2011a. Disponível em: <https://bit.ly/43kkqaw>. Acesso em: 17 jun. 2023.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração Ordinário nº 08700.004940/2022-14**. Interessados: COMPANHIA ULTRAGAZ S.A., BAHIANA DISTRIBUIDORA DE GÁS LTDA., Supergasbrás Energia Ltda., Minasgás S.A. Indústria e Comércio. Brasília, 11 jul. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/42Wckjm>. Acesso em: 12 set. 2022.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Combate a cartéis em licitação**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/3PstpmT>. Acesso em: 02 ago. 2022.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37**. Interessados: Marimex - Despachos, Transportes e Serviços Ltda, Rodrimar S/A Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, 28 de junho de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/43kU08P>. Acesso em: 10 jun. 2023.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41**. Interessados: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade [...], O Estado de São Paulo. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, 08 de julho de 2019b. Disponível em: <https://bit.ly/3k3y778>. Acesso em: 13 set. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1993.
- 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, 2011b. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 23 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3NImEMh>. Acesso em: 12 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Processo 002.354/2010-1. **Acórdão 1162/2012 - Plenário.** Relator: Raimundo Carreiro, 16 de maio de 2012b. Disponível em: <https://bit.ly/3O5kOV5>. Acesso em: 17 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. Processo 002.354/2010-1. **Acórdão 1165/2012 - Plenário.** Relator: Raimundo Carreiro, 16 de maio de 2012a. Disponível em: <https://bit.ly/3O5kOV5>. Acesso em: 17 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Processo 012.721/2006-0. **Acórdão 1946/2006 - Plenário.** Relator: Marcos Bemquerer, 18 de outubro de 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3rhJBNH>. Acesso em: 17 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Processo 020.118/201-0. **Acórdão 2831/2012- Plenário.** Relator: Ana Arraes, 17 de outubro de 2012c. Disponível em: <https://bit.ly/3PPBxy4>. Acesso em: 13 jun. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (EUA). **Federal Trade Commission.** Dealings with Competitors, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3Neljel>. Acesso em: 17 jan. 2023.

EUROPEAN COMMISSION. Antitrust: Commission adopts new Horizontal Block Exemption Regulations and Horizontal Guidelines. **European Commission**, Bruxelas, 1º jun. 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3pGwdSV>. Acesso em: 1 jun. 2023.

EUROPEAN COMMISSION. Antitrust: Commission invites comments on draft revised rules on horizontal cooperation agreements between companies. **European Commission**, Bruxelas, 1º mar. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3r0avK0>. Acesso em: 8 set. 2022.

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

FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARITI, P.; SMILEY, Robert H. Co-operative agreements and the organization of industry. In: BUCKLEY, Peter J.; MICHIE, Jonathan (ed.). **Firms, organizations and contracts: a reader in industrial organization**. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 289.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os Consórcios Empresariais e as Licitações Públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, 2005.

NORTE ENERGIA S. A. **Norte Energia**, Brasília, [2022?]. Disponível em: <https://bit.ly/3D8HFdg>. Acesso em: 2 ago. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Combate a cartéis em licitações no Brasil**: Uma revisão das Compras Públicas Federais. Paris: OCDE, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3qZjQSp>. Acesso em: 20 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Competition and Procurement**: Key Findings. OCDE: Paris, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3Pyr6yR>. Acesso em: 10 jan. 2022.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**: Doutrina, Jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016.

PORTUGAL. Autoridade da Concorrência. **Combate ao conluio na contratação pública**. Lisboa, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3Xn5jMg>. Acesso em: 19 set. 2022.

REINO UNIDO. Office of Fair Trading. **Assessing the impact of public sector procurement on Competition**. Londres: Office of Fair Trading, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3qUP3pz>. Acesso em: 23 ago. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 15-41.

SUNDFELD, Ari Carlos; LIANDRO, João Domingos; GABRIEL, Yasser. Consórcios em licitação e isenção antitruste. **Revista Jurídica Profissional**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 31-38, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3PQFhiS>. Acesso em: 20 jun. 2023.

TEIXEIRA, Vanessa Ferrari. **Prevenção e solução de conflitos em consórcios empresariais**. São Paulo: Almedina, 2017.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. **Public consultation on the draft revised Horizontal Block Exemption Regulations and Horizontal Guidelines**. Luxemburgo: Comissão Europeia, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3qYc0Z2>. Acesso em: 8 set. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3pdYPTs>. Acesso em: 9 set. 2022.

ZARZUR, Cristianne Saccab; PASTORE, Ricardo Ferreira. Consórcios, Licitações Públicas e o Controle de Concentração Econômica do Cade. **Migalhas**, [S. l.], 25 out. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3fC6L8d>. Acesso em: 12 jun, 2023.



4

TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE CONDOTA E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UMA INTERSECÇÃO VANTAJOSA EM CASOS DE CARTEL¹

Term of commitment to the cessation of conduct and non-criminal prosecution agreement: an advantageous intersection in cartel cases

Luísa Walter da Rosa²

Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba/PR, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: O termo de compromisso de cessação de conduta (TCC) é uma espécie de acordo prevista na Lei de Defesa da Concorrência, que não estipula a concessão de imunidade criminal ao seu signatário, ao contrário do acordo de leniência. Em 2019, por meio do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), foi inserido no Código de Processo Penal uma nova espécie de acordo penal, o acordo de não persecução penal (ANPP). Em 2021, foi noticiado o primeiro e único caso que se tem conhecimento até hoje em que um TCC e um ANPP foram negociados em conjunto pelo Cade e o Ministério Público do Rio Grande do Sul, o que motivou o estudo conjunto dos dois institutos nesta pesquisa.

Objetivo: Este artigo se propõe a demonstrar, nos casos de combate a cartel, as vantagens de se celebrarem em conjunto o termo de compromisso de cessação de conduta (TCC) e o acordo de não persecução penal (ANPP), a partir de uma comparação procedimental entre os dois institutos, a fim de auxiliar o embasamento teórico da prática.

Método: O método utilizado foi dedutivo, com o uso de pesquisa bibliográfica e estudo do único caso até hoje em que TCC e ANPP foram negociados em conjunto, trata-se das especificidades de cada acordo, para, em seguida, apontar suas confluências.

Conclusões: Diante da expertise do Cade em celebrar acordos como método efetivo de persecução aos cartéis, da ausência de imunidade criminal no TCC, da novidade da previsão legal do ANPP, que ainda justifica a necessidade de aprofundamento na capacitação dos atores do processo penal na sua negociação, demonstrou-se a utilidade da cooperação entre as autoridades, tanto para o

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braidó, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4648392251476133>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 31/03/2022 **Aceito em:** 24/05/2023 **Publicado em:** 31/07/2023

2 Mestre em Direito do Estado, com enfoque em Processo Penal na UFPR. Pós-graduada em Direito Penal Econômico pela PUC Minas e em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS. Participante do 41º PinCade. Presidente da Comissão de Investigação Defensiva e Justiça Penal Negociada da OAB/SC. Membro do IBCCrim, IBDPE e AACRIMESC. Autora de livros sobre colaboração premiada e acordo de não persecução penal. Advogada Criminalista. **E-mail:** luisawdarosa@gmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5094657629897142>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-6976-0943>.

Estado, quanto para o investigado, em termos de segurança jurídica e estímulo à colaboração, numa perspectiva teórica e prática. Por fim, é apresentada uma tabela comparativa entre os procedimentos do TCC e do ANPP, para auxiliar na visualização da possibilidade de serem celebrados em conjunto.

Palavras-chave: termo de compromisso de cessação de conduta; acordo de não persecução penal; combate a cartéis; interdependência das esferas administrativa e penal; acordos administrativos; acordos penais.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: The term of commitment to cease conduct (TCC) is a kind of agreement provided for in the Competition Defense Law, which does not stipulate the granting of criminal immunity to its signatory, unlike the leniency agreement. In 2019, through the Anti-Crime Package (Law n. 13.964/2019), a new type of criminal agreement was inserted in the Code of Criminal Procedure, the non-criminal prosecution agreement (ANPP). In 2021, the first and only case known to date in which a TCC and an ANPP were negotiated jointly by CADE and the Public Ministry of Rio Grande do Sul was reported, which motivated the joint study of the two institutes in this research.

Objective: In cases of cartel combat, this article proposes to research the possibility of jointly celebrating the term of commitment to cease conduct (TCC) and the non-prosecution criminal agreement (ANPP), based on a procedural comparison between the two institutes, to help the theoretical foundation of the practice.

Method: The chosen method was the deductive method, using bibliographic research, and a case study of the only case that negotiated both institutes together, it deals with each agreement's specifics, to then point out their confluences.

Conclusions: Given CADE's expertise in concluding agreements as an effective method of prosecuting cartels, the lack of criminal immunity in the TCC, the novelty of the ANPP's legal provision, which still justifies the need to deepen the training of actors in the criminal procedure in their negotiation, the usefulness of cooperation between authorities was demonstrated, both for the State and for the investigated, in terms of legal certainty and stimulus to collaboration, in a theoretical and practical perspective. Finally, a comparative table is presented between the procedures of the TCC and the ANPP, to assist in visualizing the possibility of them being concluded together.

Keywords: term of commitment to the cessation of conduct; non-criminal prosecution agreement; fighting cartels; interdependence of administrative and criminal spheres; administrative agreements; criminal agreements.

Classificação JEL: K14; K21; K42

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Acordos como método alternativo de persecução aos cartéis na perspectiva administrativa e penal*; 3. *Termo de Compromisso de Cessação de Conduta: o que diz a Lei de Defesa da Concorrência e o Regimento Interno do Cade*; 4. *Acordo de não persecução penal: a previsão contida no art. 28-A do CPP*; 5. *Destrinchando um caso prático: TCC e ANPP*



firmados pelo Cade e MPRS, em 2021, num caso de cartel em mercado regional de compras de resíduos animais; 6. Conclusão; Referências; Anexo – Quadro 1: tabela comparativa entre TCC e ANPP em casos de cartel.

1. INTRODUÇÃO

Com a globalização e seus efeitos como a mundialização da economia, avanços tecnológicos e mudanças sociais, toda a sociedade e as condutas por ela praticadas foram impactadas, incluindo a prática de ilícitos. Novas formas de infringir a lei foram surgindo, mais complexas, estruturadas e cujas consequências atingem um maior número de pessoas.

Decorrente disso, ainda que o aparato estatal também tenha evoluído, muitas vezes é bastante difícil dismantlar uma organização que pratica condutas contrárias a lei, pela ausência de elementos capazes de comprovar as infrações cometidas. Daí surge a necessidade de o Estado promover acordos com membros dessas organizações, para evitar o gasto de recursos financeiros, pessoais e estruturais na persecução do caso, podendo focar nos mais relevantes, e angariar provas e informações capazes de prevenir ou reprimir o desrespeito à lei, em troca da colaboração e concessão de benefícios.

O consenso como método alternativo de resolução de conflitos é a tônica atual do Direito, com o surgimento de cada vez mais espécies de acordos. Como exemplo, citam-se os acordos de não persecução civil, referente à atos de improbidade administrativa, acordos de não persecução penal (ANPP) e colaboração premiada relacionados à condutas criminosas, acordos de leniência da Lei Anticorrupção referentes à atos lesivos à administração pública, e acordos de leniência e termos de compromisso de cessação de conduta (TCC) do direito antitruste atinentes a infrações contra a ordem econômica, firmados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

A depender da conduta praticada, é possível que ela infrinja mais de uma esfera jurídica, e, em decorrência disso, o seu autor possa celebrar mais de uma espécie de acordo, desde que preencha os seus requisitos legais. Esse artigo se propõe a pesquisar justamente uma dessas possibilidades: a partir da prática de conduta(s) que configure(m) cartel, as vantagens de se firmar tanto um termo de compromisso de cessação de conduta quanto um acordo de não persecução penal, em conjunto com as instituições legitimadas – Cade e Ministério Público (MP), estadual ou federal.

A importância de se pesquisar essa convergência entre as esferas e diferentes tipos de acordos surge a partir do fato de que o TCC não gera imunidade criminal àqueles que o celebram, ao contrário do acordo de leniência antitruste. Com o advento do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019) (BRASIL, 2019), que inseriu o ANPP no Código de Processo Penal (CPP), há embasamento procedimental para que ambos sejam celebrados em conjunto, a fim de proporcionar maior segurança jurídica, estimulando novos interessados a colaborarem com o Estado.

Contudo, é claro que a atuação conjunta entre os órgãos pode enfrentar uma série de obstáculos práticos, que não podem ser ignorados, como posições conflitantes entre autoridades e disposições legais que regem cada esfera; possível compartilhamento indevido de elementos de prova e informação sem autorização judicial; ausência de capacitação da acusação em técnicas de investigação, e da defesa em negociação de acordos, com potencial de ferir o exercício amplo do

direito de defesa e as garantias fundamentais atinentes ao processo penal.

Porém, considerando a novidade do ANPP e o constante aperfeiçoamento do Cade na negociação e execução dos acordos firmados na autarquia, o estudo conjunto e dos dois institutos negociais pode servir como um ponto de partida para a sua aplicação prática, voltada a superar ou ao menos mitigar os possíveis problemas de relacionamento entre os órgãos públicos.

A partir da definição de cartel e de uma análise breve de seus impactos na esfera administrativa e penal, tanto o TCC quanto o ANPP serão destrinchados a partir de suas previsões legais, apontando seus requisitos e condições. Em seguida, serão indicadas suas principais semelhanças e diferenças, para depois sustentar a importância de, quando possível, ambos sejam celebrados em conjunto.

Ao final, será analisado o único caso até hoje em que foi firmado um termo de compromisso de cessação de conduta no Cade, concomitante com acordos de não persecução penal, celebrados pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, em 2021, que corroboram os argumentos das vantagens de se pensar o TCC e ANPP conjuntamente.

Passados dois anos da negociação conjunta das duas espécies de acordo, a questão já foi objeto de estudo por parte de autoridades e estudiosos diretamente envolvidos com a prática do Cade³. Contudo, diante da ausência de informações públicas de que o experimento foi repetido, apresenta-se este artigo agora a partir de uma perspectiva mais voltada à teoria e prática penal, com o intuito de fortalecer o embasamento teórico que sustenta a celebração conjunta do TCC e do ANPP, por meio de uma comparação procedimental entre os acordos⁴.

2. ACORDOS COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE PERSECUÇÃO AOS CARTÉIS NA PERSPECTIVA ADMINISTRATIVA E PENAL

Do ponto de vista do direito concorrencial, os acordos são considerados extremamente úteis para o Estado,

[...] quer por viabilizarem a instrução processual e, com isso, favorecerem a pretensão punitiva do Estado no combate a infrações extremamente complexas e nocivas ao mercado e à população (função da leniência), quer por permitirem que o Cade afaste comportamentos suspeitos ou de efeitos questionáveis sem os custos humanos, técnicos e financeiros do processo administrativo punitivo (função do compromisso de cessação) (MARRARA, 2020, p. 89).

Já em relação aos particulares, também há utilidade, considerando a concessão de benefícios como afastamento ou mitigação das sanções administrativas a serem impostas pelo Estado em razão das condutas praticadas (MARRARA, 2020, p. 89).

A mesma lógica opera nos acordos criminais. De um lado, o Estado (acusação) se beneficia pela resolução célere e eficaz do caso, por vezes com acesso a elementos difíceis de serem obtidos por outra via investigativa, enquanto do outro o acusado (defesa) não é denunciado ou recebe uma pena menor do que no rito tradicional do processo, em troca da sua colaboração com a justiça (ROSA;

3 Vide artigo publicado neste periódico, em 2022 (SOUZA; POSSAMAI; ALVES, 2022).

4 Para facilitar a visualização entre as semelhanças e diferenças entre TCC e ANPP, foi elaborada uma tabela comparativa, que consta ao final como anexo deste artigo.



ROSA; BERMUDEZ, 2021, p. 19).

Contudo, a escolha da via consensual exige previsibilidade, com regras definidas de forma clara e objetiva, setor no qual o Cade, enquanto autoridade na defesa da concorrência, age com maestria (JARDIM; VILANOVA, 2021), não só com o nível de detalhamento procedimental contido em seu regimento interno, como também com as publicações dos guias do termo de compromisso de cessação e do programa de leniência.

Na esfera penal, por outro lado, o uso de acordos como possibilidade de se resolver os seus conflitos só foi encarado com seriedade com a previsão da colaboração premiada na Lei n. 12.850/2013 (BRASIL, 2013), e ainda mais recente, com o surgimento do acordo de não persecução penal. Porém, ainda há falhas no desenrolar da negociação, na formalização dos acordos, na sua execução, sendo muitos deles questionados judicialmente.

No caso da conduta definida como cartel, esta é considerada ilícita tanto do ponto de vista administrativo quanto penal, razão pela qual admite a celebração de acordos em ambas as esferas, o que justifica a perspectiva de que sejam pensados em conjunto, conforme se discorrerá a seguir.

De forma geral, cartel pode ser visto “como um acordo entre concorrentes para fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes ou de mercados de atuação.” (MARTINEZ, 2013, p. 25), por meio de troca de informações comercialmente sensíveis, restringindo ou eliminando a concorrência (MARTINEZ, 2013, p. 37).

O cartel em si é considerado infração da ordem econômica, com proibição administrativa no art. 36 da Lei n. 12.529/2011 (BRASIL, 2011) e crime contra a ordem econômica, previsto no art. 4º da Lei n. 8.137/1990 (BRASIL, 1990), com pena de reclusão, de dois a cinco anos e multa. Contudo, a depender do tipo de cartel e da estrutura do grupo, a conduta também poderá incidir em outros crimes, como os licitatórios⁵ (arts. 337-E a 337-P do Código Penal) (BRASIL, 1940), associação criminosa (art. 288 do Código Penal) e organização criminosa (arts. 1º e 2º da Lei n. 12.850/2013).

Na esfera criminal, como o emprego de violência ou grave ameaça não são elementos do tipo penal de cartel do art. 4º da Lei n. 8.137/1990 (BRASIL, 1990), e considerando que a pena mínima é de dois anos, é cabível o acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal. Admite-se também o acordo de colaboração premiada, previsto nos arts. 3º-A a 7º da Lei n. 12.850/2013 (BRASIL, 2013), caso o crime de cartel seja cometido por uma organização criminosa.

Já na esfera concorrencial, a infração permite a celebração tanto de termo de compromisso de cessação de conduta quanto de acordo de leniência (arts. 85 e 86 da Lei n. 12.529/2011) (BRASIL, 2011). As principais diferenças entre ambos residem no fato de que o acordo de leniência antitruste só está disponível ao primeiro agente que se qualificar e reportar a conduta ao Cade (§1º, I do art. 86), enquanto o TCC se destina a todos os demais investigados. Ainda, o acordo de leniência gera imunidade criminal em relação aos signatários, suspendendo o prazo prescricional e impedindo o oferecimento de denúncia quando celebrado o acordo, e, após cumprido, gera a extinção automática da punibilidade do agente (art. 87 da Lei n. 12.529/2011), previsão esta que não existe em relação ao TCC (ATHAYDE; FREITAS, 2022).

5 A depender do ano em que foi praticado o cartel e demais condutas ilícitas dele decorrentes, os crimes poderão incidir nos tipos previstos na antiga Lei n. 8.666/1993 (arts. 89 a 99) (BRASIL, 1993), cuja seção III foi revogada pela Lei n. 14.133/2021, conhecida como Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que inseriu no Código Penal brasileiro os novos crimes licitatórios.

Justamente em razão da ausência de imunidade criminal no TCC que se propôs analisar o cabimento e as vantagens de sua celebração em conjunto com um acordo penal em específico – o acordo de não persecução penal, quando a infração administrativa incida também em crime de cartel e/ou crimes licitatórios⁶, principalmente ao se considerar a interdependência e cooperação entre as esferas administrativa e criminal na detecção e repressão do ilícito (MARTINEZ, 2013).

Cumprido já adiantar que tanto o TCC quanto o ANPP dialogam entre si pelo fato do primeiro ser uma hipótese de mitigação do princípio da indisponibilidade do interesse público, pois, ao se optar em utilizá-lo como substitutivo do processo administrativo concorrential, isso

permite ao Estado solucionar rapidamente questionamentos quanto a condutas econômicas sem os custos técnicos, financeiros e humanos de um processo sancionador e sem os riscos da sua instrução. Ao fazê-lo, os compromissos tutelam o interesse público ao mesmo tempo em que liberam tempo e recursos para que o Cade se dedique a assuntos e casos prioritários ou de maior impacto, de modo a contribuir, em sentido abrangente, para a efetividade da política de defesa da concorrência como um todo (MARRARA, 2020, p. 101).

O segundo, por sua vez, funciona também como mitigador do princípio da indisponibilidade/obrigatoriedade da ação penal pública, possibilitando, através da via consensual, uma resposta mais efetiva e célere dos casos penais, e que o Estado se ocupe de investigar e reprimir casos mais complexos, capazes de provocar mais danos à sociedade (CABRAL, 2020; SUXBERGER, 2019).

A seguir, serão analisadas as especificidades de cada acordo, para depois focar nos seus pontos em comum e suas principais divergências.

3. TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE CONDUTA: O QUE DIZ A LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O REGIMENTO INTERNO DO CADE

O Termo de Cessação de Conduta (TCC) é uma espécie de acordo previsto no art. 85 da Lei n. 12.529/2011, cujo objetivo principal é a suspensão do processo administrativo perante o CADE, e, após o cumprimento de determinadas condições, gerar seu arquivamento (MARTINEZ, 2013, p. 278).

Inicialmente previsto na Lei n. 8.884/1994, o compromisso de cessação evoluiu, e com o advento da Lei de Defesa da Concorrência passou a ser mais uma possibilidade de negociação de benefícios tanto para a Administração Pública quanto para o investigado, ao lado do acordo de leniência antitruste.

Além de ser um pacto de ajustamento de conduta e um instrumento de abreviação de investigações de natureza antitruste, o TCC também pode ser considerado um meio de obtenção de provas de condutas ilícitas, a depender se firmado com a Superintendência-Geral do Cade ou com o seu Tribunal (ATHAYDE; FONSECA JÚNIOR, 2020).

6 Cabe ANPP nos seguintes crimes licitatórios: art. 337-G, 337-I, 337-J, 337-K, 337-M, 337-N, 337-O. O acordo é incabível nos demais tipos em razão da pena mínima ser de 4 (quatro) anos, pois um dos requisitos do ANPP é que a pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos. Critica-se essa opção feita pelo legislador ao aumentar, de forma significativa, o quantum de pena dos crimes licitatórios, indo em contramão ao Pacote Anticrime, que privilegiou a forma consensual de resolução de conflitos penais.

Iniciando-se a análise da previsão legal, segundo consta no art. 85 da Lei n. 12.529/2011 (BRASIL, 2011), a celebração de compromisso de cessação de conduta é um ato discricionário da autoridade antitruste, pois parte de um juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado.

Sobre o momento de celebração do TCC, esse pode se dar em procedimento preparatório de inquérito administrativo, inquérito administrativo ou processo administrativo para imposição de sanções administrativas, todos por infrações à ordem econômica (caput do art. 85 c/c art. 48, I, II, III, ambos da Lei n. 12.529/2011) (BRASIL, 2011).

É obrigatório constar no termo de compromisso a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, assim como outras obrigações pertinentes ao caso, e a fixação de multa para o caso de descumprimento, seja ele parcial ou total, dessas obrigações (art. 85, §1º, I e II). Quando se tratar de investigação de condutas previstas nos incisos I e II do §3º do art. 36 da mesma lei⁷, também deverá constar a fixação de valor de contribuição pecuniária destinada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (art. 85, §1º, III e §2º).

Em relação à proposta de TCC, esta poderá ter caráter confidencial, sua apresentação só poderá ser feita uma única vez, e ela não suspende o andamento do processo administrativo (art. 85, §§4º, 5º, 6º). Celebrado o TCC, o termo terá caráter público, devendo ser publicado no site do CADE em até cinco dias após a sua celebração, constituindo título executivo extrajudicial (art. 85, §§7º e 8º).

Enquanto forem cumpridas as condições, o processo administrativo ficará suspenso somente em relação ao investigado signatário do TCC, só sendo arquivado quando cumpridas todas as condições pactuadas (art. 85, §§9º e 10).

O termo deverá conter sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento, o que será determinado pelo Cade, em conjunto com o prosseguimento do processo administrativo (§11 do art. 85). Caso as condições se tornem excessivamente onerosas ao representado, de forma comprovada, o Cade poderá alterá-las, desde que não prejudique terceiros ou a coletividade.

A natureza de acordo que privilegia a autonomia privada das partes consta no §13 do art. 85, no qual se verifica que a proposta do compromisso de cessação será indeferida se não houver acordo entre a autoridade e os representados quanto aos termos.

Por fim, há ainda a autorização legal de que o Cade defina, em resolução, normas complementares sobre o TCC (§14 do art. 85), o que foi feito em seu Regimento Interno (RICADE), nos arts. 179 a 196, e de que se admita a intervenção de terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada ou legitimados à propositura de ação civil pública (§15 do art. 85). Interessante apontar que o RICADE autoriza que os terceiros intervenientes se manifestem, em caráter consultivo, quanto aos termos da proposta, o que permite que os

7 Art. 36. [...] § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes (BRASIL, 2011).

representados se pronunciem quanto ao alegado, em respeito ao contraditório (art. 195).

Em relação à previsão do RICADE, esta começa esclarecendo que o compromisso de cessação poderá ser celebrado tanto com a Superintendência-Geral do Cade, quando o procedimento ainda estiver em curso, quanto com o seu Tribunal, quando os autos já tiverem sido remetidos à Corte (caput do art. 179).

Destacam-se os parágrafos 5º, 6º e 7º do art. 179, que preveem que o protocolo do requerimento de TCC não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta; que caso o acordo não seja realizado, todos os documentos serão devolvidos ao proponente; e que as informações e documentos apresentados na negociação que não se perfectibilize não poderão ser utilizados para quaisquer fins pelas autoridades.

Há a delimitação passo a passo do processo de negociação, com prazos, o que evita surpresas de quem pretende negociar o TCC, pois se sabe desde o início quais etapas existem até a assinatura do termo (arts. 181 e 182).

Nos casos de TCC em investigações de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes e de promoção, obtenção ou influência a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes, há uma subseção específica, da qual se destacam os arts. 185 e 186, que preveem, respectivamente, que, nesses casos, o TCC obrigatoriamente deverá conter o reconhecimento, por parte do compromissário, de participação na conduta investigada e prever a sua colaboração com toda a instrução processual.

O RICADE preocupa-se, ainda, em especificar a dosimetria de fixação dos valores de multa a serem impostas em relação ao representado (arts. 187 a 189), e, em relação à contribuição pecuniária, admite o seu parcelamento e prevê a correção pela SELIC (art. 196).

Nos casos de celebração do TCC pela Superintendência-Geral do Cade, o seu regimento interno delimita o procedimento, desde as tratativas iniciais até a submissão do acordo firmado para homologação do Plenário do Tribunal (arts. 190 e 191), destacando-se que o próprio regimento prevê que a demonstração de interesse de celebrar o TCC pode partir tanto da SG quanto do representado.

Outro ponto relevante é a previsão de que o fato de a SG ter oferecido proposta de TCC não significa que ela tenha proferido juízo de mérito quanto à(s) conduta(s) apurada(s), da mesma forma que o interesse no acordo manifestado pelo representado não implica confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta (§§6º e 7º do art. 190 do RICADE).

Quanto à homologação do TCC pelo Plenário do Tribunal, este somente poderá aceitar ou rejeitar a proposta final, sem realizar contraproposta. Caso homologado, o compromisso será então firmado entre o Cade e o representado, junto com seus procuradores.

Feito esse panorama do termo de compromisso de cessação de conduta, parte-se agora para uma análise geral do acordo de não persecução penal.

4. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: A PREVISÃO CONTIDA NO ART. 28-A DO CPP

Em termos de complexidade dos delitos, é possível afirmar que o acordo de não persecução



penal foi pensado para delitos de pequena a média complexidade⁸, a fim de responsabilizar o investigado, ao término das investigações, como alternativa ao processo.

Há um momento bastante específico para o oferecimento do ANPP: as investigações da etapa extrajudicial precisam ter terminado, tendo resultado na existência de provas da materialidade da conduta e indícios suficientes de autoria a fim de dar início a uma persecução penal, não sendo, portanto, caso de arquivamento (caput do art. 28-A do CPP) (BRASIL, 1941).

Há justa causa para a ação penal, porém, é ampliada a discricionariedade do Ministério Público para, em vez de oferecer denúncia, caso preenchidos os requisitos legais e considerando como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, oferecer o acordo em seu lugar. O investigado precisa estar obrigatoriamente acompanhado de defensor e a ele é concedido o direito de escolha em negociar com o Estado ou seguir a via tradicional do processo penal.

Em termos de requisitos, segundo consta no caput do art. 28-A do CPP (BRASIL, 1941), a infração penal precisa ter sido praticada sem violência ou grave ameaça e a pena mínima tem que ser inferior a 4 (quatro) anos. Ainda, não se aplica o ANPP se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; se o investigado for reincidente ou tiver sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração por ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo; ou o crime tenha sido praticado no âmbito da violência doméstica (art. 28-A, §2º, I a IV do CPP) (BRASIL, 1941).

Como condições de cumprimento do acordo, o investigado precisa confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, além de cumprir as seguintes condições, de forma cumulativa e alternativa: reparação do dano ou restituição da coisa à vítima; prestação de serviços à comunidade; prestação pecuniária; ou outra condição, desde que por prazo determinado e proporcional e compatível com a infração penal imputada (art. 28-A, caput e incisos, do CPP) (BRASIL, 1941).

O acordo precisa ser formalizado por escrito, e assinado pelo Ministério Público, investigado e defensor. Em seguida, será realizada audiência de homologação, na qual o juiz verificará a voluntariedade do investigado em firmar o acordo e a legalidade dos termos (§§3º e 4º do art. 28-A do CPP) (BRASIL, 1941).

Caso considere as condições inadequadas, insuficientes ou abusivas, o juiz devolverá os autos ao MP para reformular a proposta, com a concordância do investigado e defensor. Se a proposta não atender os requisitos legais ou não for realizada a readequação, a homologação poderá ser recusada (§§5º e 7º do art. 28-A do CPP). Neste caso, os autos serão devolvidos ao MP para analisar a necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia (§8º) (BRASIL, 1941).

Se o juízo homologatório for positivo, os autos serão encaminhados para o juízo da execução penal para fiscalizar o cumprimento das condições (§ 6º do art. 28-A do CPP). Caso descumprida alguma condição, o juízo deverá ser comunicado, para proceder à rescisão do acordo, com o posterior oferecimento de denúncia contra o investigado. Esse descumprimento também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para não oferecer a suspensão condicional do processo (§§

⁸ Pode-se dizer que na justiça penal negociada existem 4 espécies de acordos penais: transação penal e suspensão condicional do processo, pensadas para delitos de pequena complexidade; acordo de não persecução penal, para pequena e média complexidade; e colaboração premiada, para delitos de grande complexidade.

10 e 11 do art. 28-A do CPP) (BRASIL, 1941).

Por fim, aponta a lei que a vítima deverá ser intimada tanto da homologação do acordo quanto de seu eventual descumprimento (§9º do art. 28-A do CPP) e que, caso o MP se recuse em propor o acordo, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público (§14 do art. 28-A do CPP) (BRASIL, 1941).

Em termos de vantagens em se firmar um acordo de não persecução penal, pode-se apontar que a sua celebração não gera antecedentes criminais, ficando o seu registro em certidão somente para controlar o prazo de 5 anos que impede a celebração de outro acordo, e que, após o seu cumprimento integral, a extinção da punibilidade do investigado será decretada pelo juízo competente (§§ 12 e 13 do art. 28-A do CPP).

Atualmente, o ANPP é cabível em mais de 80% dos delitos previstos na legislação brasileira (MENDES; LUCCHESI, 2020, p. 56), motivo pelo qual se faz muito importante o seu estudo. Porém, além da teoria, muito vem se definindo na prática. Isso porque a prática forense criminal é essencialmente combativa, estando acusação e defesa tradicionalmente em posições antagônicas. Com o advento da colaboração premiada nos moldes previstos na Lei n. 12.850/2013, o consenso ganhou protagonismo no processo penal, e as partes antes em polos opostos passaram a ter que aprender a colaborar entre si, a fim de angariar benefícios para ambas (ROSA; BERMUDEZ, 2019).

Antes do ANPP, contudo, a lógica colaborativa atingia apenas processos de grande complexidade, em geral relacionados ao Direito Penal Econômico, o que mudou drasticamente com o Pacote Anticrime, que inseriu, obrigatoriamente, no cotidiano dos profissionais que atuam na área criminal a necessidade de saber negociar, sob pena de defasamento dos institutos, em especial para a defesa, que, se não for proativa e capacitada, acaba correndo o risco de apenas aderir as imposições apresentadas pelo Ministério Público (ROSA, 2022).

Com isso, para se compreender o ANPP, além de conhecer a lei, é preciso acompanhar as decisões dos Tribunais Superiores a seu respeito, que vem definindo os seus contornos e limites, e ademais, para fins de orientação e preparação para negociá-lo na prática, há que se consultar as orientações oficiais das instituições a respeito do tema.

A título de exemplo, citam-se a Orientação Conjunta nº 03/2018 do Ministério Público Federal, que orienta os membros do MPF a respeito de como proceder na negociação de ANPPs (BRASIL, 2018), e o Manual de Boas Práticas do Acordo de Não Persecução Penal, elaborado por comissão temática na OAB/SC (2021), que recomenda aos advogados e advogadas como proceder na prática. Fora esses dois exemplos, grande parte dos Ministérios Públicos estaduais possuem suas próprias orientações e recomendações, que devem ser consultadas para fins de aprimoramento da negociação do ANPP.

5. DESTRINCHANDO UM CASO PRÁTICO: TCC E ANPP FIRMADOS PELO CADE E MPRS, EM 2021, NUM CASO DE CARTEL EM MERCADO REGIONAL DE COMPRAS DE RESÍDUOS ANIMAIS

Como já dito anteriormente, o termo de compromisso de cessação de conduta não gera imunidade criminal, o que coloca o agente signatário sob risco de ter que responder criminalmente pelas mesmas condutas, com penas mais gravosas. Porém, nos casos de cartéis, existe a possibilidade



de se cumular a celebração do TCC com um acordo de não persecução penal, de forma a enfrentar, de maneira eficaz, a demanda em todas as suas frentes e conferir maior segurança jurídica àquele que procura o Estado para negociar.

Cumprido, portanto, apontar por quais motivos se sugere que seria vantajoso que o TCC e o ANPP fossem pensados e celebrados em conjunto, a partir de seus pontos em comum. Primeiramente, o objetivo de ambos os acordos é muito semelhante: o TCC visa evitar o processo administrativo, enquanto o ANPP busca evitar o processo penal.

Quanto a exigência da confissão, esta não encontra previsão em lei no TCC, mas o Regimento Interno do Cade, nos casos de cartéis, no seu art. 185, exige o reconhecimento de participação na conduta investigada. Athayde e De Grandis (2015) não entendem esse reconhecimento como implicação de confissão nos moldes criminais, o que se concorda, em especial ao se ler o referido dispositivo em conjunto com o §7º do art. 190, que dispõe que a manifestação do interesse dos representados em celebrar o TCC não implica confissão quanto à matéria de fato nem reconhecimento da ilicitude da conduta apurada.

Já no ANPP a confissão formal e circunstancial é um requisito para a celebração do acordo, contudo, tampouco configura assunção de culpa ou prova de autoria, pois não é produzida em juízo, ao longo de uma instrução de uma ação penal (no ANPP, processo sequer existe, pois se está na etapa de investigação) e só há reconhecimento de culpa no processo penal após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Logo, a confissão no ANPP é uma condição de procedibilidade, cuja finalidade principal é cumprir um requisito sem o qual o acordo não poderá ser celebrado (ROSA; ROSA; BERMUDEZ, 2021, p. 58).

Outro ponto relevante é a liberdade conferida às partes, em ambos os acordos, de pactuarem condições ou obrigações a serem cumpridas, além das previstas em lei. No TCC a previsão se encontra no inciso I do §1º do art. 85 da Lei n. 12.529/2011 (BRASIL, 2011) e no ANPP no inciso V do caput do art. 28-A do CPP (BRASIL, 1941). Contudo, não se admite a intervenção de terceiros no ANPP, ao contrário do TCC. O acordo penal é realizado e produz efeitos somente entre as partes – Ministério Público e investigado, acompanhado por defensor.

Na prática, isso pode significar a inclusão de uma cláusula de que o investigado pagará um único valor a título de prestação pecuniária, por exemplo, como condição para receber os benefícios tanto do TCC quanto do ANPP, ou seja, o processo administrativo só será arquivado e a punibilidade extinta após o pagamento integral do valor. E considerando a expertise e orientações procedimentais do Cade em fixar os valores a serem pagos, tanto a título de contribuição pecuniária quanto de multa, parâmetros estes inexistentes na legislação penal, há ainda um benefício extra do Estado em firmar os acordos em conjunto.

Para fins de exemplificação da ideia defendida neste trabalho, cumpre agora analisar o único caso, até os dias atuais, em que TCC e ANPP foram negociados e celebrados paralelamente pelo Cade e Ministério Público. Destripar o evento, com base nas informações públicas, torna-se imprescindível diante de seu ineditismo⁹ e da inexistência de casos semelhantes, que impedem uma apresentação de histórico de casos visando a sua comparação.

⁹ Justamente em razão do ineditismo e pioneirismo neste caso concreto, a atuação do Cade foi reconhecida, tendo a autarquia recebido, em 2022, o prêmio Acordo de Não Persecução Penal, do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CADE GANHA..., 2022).

O caso é oriundo de uma atuação conjunta entre o Cade e o Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS), que apuraram a existência de um cartel de compra de resíduos animais. As condutas investigadas teriam ocorrido entre 2009 a 2018. A operação foi deflagrada em 2017, com realização de busca e apreensão conjunta, conforme noticiado no site do MPRS (MP E CADE INVESTIGAM..., 2017).

Em decorrência dessa operação, o Cade celebrou um termo de compromisso de cessação de prática com os investigados pessoas jurídicas e físicas, ao mesmo passo que o MPRS celebrou acordos de não persecução penal com as pessoas físicas (MPRS FIRMA ACORDO..., 2021). Extrai-se trecho da versão pública da Nota Técnica n. 80/2021/CGAA6/SGA2/SG/CADE, que esclarece a questão:

II.3 DA COLABORAÇÃO COM O MPE/RS E NEGOCIAÇÃO CONJUNTA DESTE TCC E DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ANPP

47. Cumpre ressaltar que a SG/Cade e o MPE/RS vêm colaborando mutuamente desde o início das investigações que se originaram na esfera criminal e possibilitaram, tanto ao Cade como ao MPE/RS identificar autoria e materialidade da conduta em tela e, cada órgão dentro de suas competências, evoluir para outras fases de suas respectivas investigações.

48. Tal colaboração permanece até o presente momento e foi fundamental para a consecução do presente TCC que teve sua negociação carreada de forma conjunta com a negociação do ANPP por parte do MPE/RS.

49. Neste ponto, deve-se ressaltar que a elaboração das cláusulas do TCC, negociação dos valores de contribuição pecuniária e, principalmente, elaboração do Histórico da Conduta, peça central de colaboração com o Cade, foi resultado de negociação conjunta entre os advogados dos Compromissários, membro e servidores do MPE/RS e os membros da comissão de negociação deste TCC. Estes, por seu turno, participarão ativamente das oitivas de confissão das Pessoas Físicas no âmbito do ANPP que, inclusive, será, após sua homologação pelo Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, juntado como colaboração dos Compromissários aos autos do Processo Administrativo. (SEI CADE 0923720) (BRASIL, 2020)

Dessa parceria surgiu o Acordo de Cooperação Técnica (ACT n. 4/2021), entre CADE e MPRS, para aprimorar ações para coibir e prevenir infrações à ordem econômica, em especial a repressão às práticas de cartel (BRASIL, 2021).

O TCC foi firmado no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.004404/2016-62 (BRASIL, 2016), tendo gerado o requerimento de TCC nº 08700.004894/2020-83 (BRASIL, 2020). Esclarece-se que os referidos autos são públicos, podendo ser consultados na pesquisa processual do SEI.

O termo de compromisso encontra-se juntado no documento SEI CADE 0925237 (BRASIL, 2020), e sua assinatura é datada de julho de 2021. Analisando os aspectos que interessam a esse trabalho, verifica-se que o acordo foi firmado por 4 pessoas jurídicas e 6 pessoas físicas, objetivando o arquivamento do processo administrativo em relação a todas elas, após o cumprimento integral das obrigações pactuadas. Do termo extrai-se a existência de cláusula de reconhecimento de participação na conduta por parte de todos os compromissários, seguindo, portanto, a orientação prevista no RICADE, ainda que sem correspondência na Lei de Defesa da Concorrência.



Em relação às obrigações assumidas, consta o compromisso de pagamento de contribuição pecuniária destinada ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, por parte de todos os compromissários, nos seguintes valores: as pessoas jurídicas se comprometeram a pagar R\$ 11.178.197,17; enquanto os valores para cada uma das pessoas físicas ficaram definidos em R\$ 120.000,00; R\$ 80.000,00; R\$ 851.672,17; R\$ 425.836,08; R\$ 80.000,00 e R\$ 425.836,08.

A forma de pagamento de todas as contribuições ficou definida em 4 parcelas, corrigidas anualmente pela taxa Selic, sendo a primeira parcela a ser paga em até 180 dias contados da data de publicação da homologação do TCC no Diário Oficial da União e as demais em intervalos iguais e consecutivos de 1 ano, considerando a data de vencimento da primeira parcela. Há também a exigência de apresentação de comprovante de pagamento ao Cade no prazo de até 15 dias após a sua realização.

Outro ponto relevante é a cláusula que trata do descumprimento do termo de compromisso. Ela especifica que eventual descumprimento pelos compromissários deverá ser obrigatoriamente declarado pelo Tribunal Administrativo do Cade, após procedimento administrativo de apuração, o que demonstra que eventual rescisão do acordo não se dará de forma automática.

Em relação ao atraso injustificado e sem consentimento prévio do recolhimento da contribuição pecuniária ou da apresentação do seu comprovante de pagamento, se for inferior a 30 dias, a inadimplência importará numa multa diária de R\$ 10.000,00 para as pessoas jurídicas e R\$ 1.000,00 para as pessoas físicas. Se o atraso for superior a 30 dias, caracteriza desídia e importa na declaração definitiva de descumprimento integral do TCC.

Além disso, a declaração de descumprimento implica na imposição de multa de R\$ 1.000.000,00 às pessoas jurídicas e R\$ 30.000,00 às pessoas físicas, com atualização pela Selic.

Há também uma cláusula de colaboração prevendo que as pessoas físicas compromissárias se comprometam a apresentar ao Cade cópia das transcrições de suas respectivas confissões no âmbito do ANPP junto ao MPRS em até 15 dias da homologação do referido acordo pelo juízo competente, observando-se o dever de manutenção absoluta da confidencialidade de tais transcrições.

Como se vê, o acordo é bem amarrado e detalhado, ocupando-se em dispor de todos os cenários possíveis e previsíveis. O TCC foi homologado, por maioria do Plenário do Tribunal do Cade, na 180ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada em 30 de junho de 2021, conforme documento n. SEI CADE 0928640 (BRASIL, 2020).

Em relação aos acordos de não persecução penal¹⁰, sabe-se que eles foram firmados por 15 pessoas físicas investigadas no âmbito de procedimentos investigatórios criminais instaurados no Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS FIRMA ACORDO..., 2021).

As denúncias relacionadas ao crime de cartel não foram oferecidas em troca do cumprimento de algumas condições, como a prestação de serviços à comunidade e o pagamento, a título de reparação do dano e prestação pecuniária, do valor total de cerca de R\$ 5.900.000,00, destinados a hospitais para combate à Covid-19 e a entidades assistenciais para atendimento de pessoas em situação de vulnerabilidade social (MPRS FIRMA ACORDO..., 2021).

¹⁰ Não se fez uma análise pormenorizada das minutas dos ANPPs em razão das cautelares de homologação dos acordos terem tramitado em segredo de justiça no âmbito do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. As únicas informações trazidas ao texto são aquelas de domínio público, divulgadas pelo próprio Ministério Público do Rio Grande do Sul, através de notícias em seu site.

Diante das informações acima colacionadas, foi possível constatar que a atuação conjunta entre as instituições, tanto para fins investigativos e de angariamento de provas, quanto de repressão e cessação das condutas ilícitas foi essencial para enfrentar a infração em todos os seus aspectos e consequências. Também pode-se dizer que as pessoas jurídicas e físicas envolvidas nas condutas foram efetivamente responsabilizadas pelos seus atos, assim como a própria sociedade foi ressarcida dos danos contra si cometidos.

Em especial ao se considerar os vultuosos valores pagos a título de prestação/contribuição pecuniária tanto no âmbito do TCC quanto do ANPP. Como inexistente regra procedimental de precificação da prestação pecuniária no processo penal, ainda mais em casos específicos como de cartel, acredita-se que os parâmetros previstos no art. 45 da Lei n. 12.529/2011¹¹ e as orientações constantes no Guia do Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel do Cade (BRASIL, 2016), adaptadas às especificidades do acordo penal, possam ser utilizadas como parâmetro de dosimetria, a luz dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia.

Portanto, o caso analisado serve como exemplo de que existem benefícios oriundos do compartilhamento de experiências, técnicas e práticas, entre as instituições responsáveis pela prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, na esfera administrativa e penal. Principalmente quando se fala em acordos, pois o Cade é a instituição referência no país na sua celebração, ainda uma novidade na esfera penal, que muito tem a aprender com a autarquia federal, motivo pelo qual se vê a cooperação como louvável.

Por outro lado, do ponto de vista dos investigados, a celebração conjunta do TCC e ANPP é o melhor cenário para resolver, definitivamente, a demanda em ambas as esferas, aumentando a segurança jurídica e a confiança na colaboração com o Estado, inclusive estimulando mais interessados a cooperar com as autoridades.

6. CONCLUSÃO

A crescente complexidade da apuração das infrações econômicas e o seu impacto em mais de uma esfera do Direito geram a necessidade de se pensarem novas estratégias de combate aos ilícitos, formando uma frente unificada e cooperante, que represente o Estado e defenda os interesses da sociedade. Uma dessas estratégias é a celebração de acordos entre o Estado e os investigados, objetivando a cessação das condutas, de forma célere e eficaz, em troca de benefícios a serem concedidos pela colaboração.

Há ao menos 10 anos o Cade vem se destacando no cenário nacional na celebração de acordos de leniência e termos de compromisso de cessação de conduta como táticas essenciais de repressão pública a cartéis, sendo hoje a autarquia referência no âmbito negocial.

¹¹ Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator; e

VIII - a reincidência (BRASIL, 2011).



Na esfera penal, em contrapartida, o processo penal vem se adaptando à ampliação dos espaços de consenso, principalmente com o advento do acordo de não persecução penal, inserido no CPP em 2019, pelo Pacote Anticrime.

Como o acordo de leniência antitruste gera imunidade criminal, só é possível se pensar em cumular acordos do Cade com os penais na hipótese de celebração de TCC. Quando o caso for de maior complexidade e além do crime de cartel, houver a imputação de outras condutas delituosas, em especial os crimes de organização criminosa, poderá se pensar em celebrar acordo de colaboração premiada. Porém, em casos que só envolvem o crime de cartel, por exemplo, o ANPP é uma possibilidade.

Celebrar o TCC e o ANPP em conjunto se torna, inclusive, um atrativo a ser oferecido ao investigado, que consegue resolver a demanda tanto na esfera administrativa quanto penal. Foi essa ideia que o CADE colocou em prática, de forma pioneira, em conjunto com o Ministério Público do Rio Grande do Sul, cujo caso prático foi analisado neste artigo.

Partindo das premissas de se entender o que são e para que servem os acordos, o que é um cartel, qual o cenário legal de requisitos e condições do TCC e do ANPP, quais seus pontos em comum e suas especificidades, foi possível compreender a importância e quiçá necessidade de, quando possível, ambos sejam celebrados em conjunto. Uma comparação procedimental entre os acordos foi trazida numa tabela confeccionada pela autora, que consta como anexo deste trabalho.

Com a cooperação técnica entre Cade e MPRS viu-se que a possibilidade tem aplicabilidade prática vantajosa, que fez retornar à sociedade valores vultuosos e cessou as condutas ilícitas. A partir disso, espera-se que a prática de celebração conjunta de TCC e ANPP siga progredindo.

Contudo, sabe-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido, em especial ao se sopesar a defesa dos interesses da sociedade com as garantias daqueles que são investigados e acusados na esfera penal. Enquanto o Cade ostenta anos de estudos, capacitação e experiência na celebração de acordos, além de uma extensa previsão procedimental, tanto em lei quanto em seu regimento interno, entendendo a importância das premissas negociais do ganha-ganha, confiança, lealdade e autonomia da vontade das partes (ROSA; BERMUDEZ, 2019), na área criminal os acordos ainda são uma novidade. As previsões legais a respeito de seus procedimentos são insuficientes, e seus limites vão se definindo a partir de erros e acertos na prática, que esbarram na ausência de preparo e qualificação dos profissionais, tão acostumados a atuar em polos opostos.

Para colaborar, é preciso que as regras do jogo estejam previamente bem estabelecidas, além de ser necessário ouvir, ceder e confiar. Quando se trata da liberdade de uma pessoa, que é o que está em jogo na esfera penal, o cuidado e preparo deve ser redobrado. Por isso se espera que o Cade siga disposto a compartilhar a sua expertise, pois todos têm a ganhar com isso, em especial a sociedade.

REFERÊNCIAS

- ATHAYDE, Amanda; DE GRANDIS, Rodrigo. Programa de leniência antitruste e repercussões criminais: desafios e oportunidades recentes. *In*: CARVALHO, Vinicius Marques de (org.). **A lei 12.529/2011 e a nova política da concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. p. 287-304.
- ATHAYDE, Amanda; FONSECA JÚNIOR, Marco Antonio. TCCs em casos de cartel no Cade: meios de obtenção de prova ou pactos de ajustamento de conduta? **Jota**, São Paulo, 24 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/45ACwHG>. Acesso em: 24 mar. 2022.
- ATHAYDE, Amanda; FREITAS, Sarah Roriz de. Leniência antitruste e termos de compromisso antitruste na teoria e na prática: requisitos e fases de negociação. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; KIRCHER, Luís Felipe Schneider (coord). **Justiça Consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos**. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 895-934.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Acordo de Cooperação Técnica n. 4/2021**. Brasília: Cade, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3WzV9Y6>. Acesso em: 27 mar. 2022.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/37e7SdX>. Acesso em: 04 mar. 2022.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.004404/2016-62**. Brasília, 2016.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Requerimento de TCC nº 08700.004894/2020-83**. Brasília, 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.
- 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, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. 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. **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 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XII, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1993.
- BRASIL. Ministério Público Federal. **Orientação conjunta nº 03/2018**. Brasília: Ministério Público Federal, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/45ANLAA>. Acesso em: 20 mar. 2022.



CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. **Manual do acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2020.

Cade Ganha Prêmio Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, Brasília, 11 de novembro de 2022. Disponível em: <https://bit.ly/43dU3Uz>. Acesso em 15 nov. 2022.

JARDIM, Isabel; VILANOVA, Polyanna. O TCC e a discricionariedade do Cade: algumas reflexões. Consultor Jurídico, São Paulo, 4 de junho de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/438ICxu>. Acesso em: 03 mar. 2022.

MARRARA, Thiago. Acordos no direito da concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 78-103, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3oB47b2>. Acesso em: 24 mar. 2022.

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

MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Lei anticrime**: a (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório? São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MP E CADE INVESTIGAM cartel de compra de resíduos animais envolvendo multinacional. Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 14 de novembro de 2017. Disponível em: <https://bit.ly/423V6oM>. Acesso em: 27 mar. 2022.

MPRS FIRMA ACORDO de não persecução penal de R\$ 5,9 milhões em investigação de prática de crime de cartel. **Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 16 de setembro de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3OFymZ6>. Acesso em: 27 mar. 2022.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO DE SANTA CATARINA (OAB/SC). **Manual de boas práticas do acordo de não persecução penal**. Florianópolis: Ordem dos Advogados do Brasil, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3op0QMc>. Acesso em: 20 mar. 2022.

ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da; ROSA, Luísa Walter da; BERMUDEZ, André Luiz. **Como negociar o acordo de não persecução penal**: limites e possibilidades. Florianópolis: Emais, 2021.

ROSA, Luísa Walter da. A necessária relação entre liberdade negocial e protagonismo da defesa nos acordos penais. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, ano 30, v. 354, p. 26-28, 2022.

SOUZA, Alexandre Barreto de; POSSAMAI, Raquel Mazzuco Sant'Ana; ALVES, Waldir. Possibilidade de Concessão de Imunidade Criminal ao Signatário dos Termos de Compromisso de Cessação de Conduta no Cade. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 109-125, 2022.

SUXBERGER, Antonio Henrique Cardoso. **Acordo de não persecução penal**: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público. Brasília: Fundação Escola, 2019.

ANEXO

Quadro 1 – Tabela comparativa entre TCC e ANPP em casos de cartel

	TCC	ANPP
Previsão legal	Art. 85 da Lei n. 12.529/2011	Art. 28-A do Código de Processo Penal
Complementação da previsão legal	Regimento Interno do Cade (art. 179 a art.196)	Manuais de boas práticas, orientações, resoluções elaboradas pelo MPF, MPs estaduais e OAB
Quem pode celebrar	Pessoas físicas ou jurídicas	Pessoas físicas
Representante estatal	Superintendência-Geral do Cade ou Tribunal do Cade	Ministério Público
Iniciativa das tratativas	Pode partir do administrado ou do próprio Cade	Pode partir do investigado ou do MP
Momento processual	Qualquer momento do procedimento administrativo	Ao término das investigações da etapa extrajudicial, antes do oferecimento da denúncia
Homologação	Conselho do Cade	Judicial
Crítérios	Conveniência e oportunidade da autoridade	Necessidade e suficiência para repressão e prevenção do crime
Requisitos	Colaboração com a instrução processual; reconhecimento de participação na conduta investigada.	Não ser caso de arquivamento das investigações; confissão formal e circunstancial do crime; infração penal sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 anos
Condições	Obrigação de não praticar a conduta investigada ou agir de forma a gerar os seus efeitos lesivos; pagamento de multa em caso de descumprimento total ou parcial das obrigações assumidas; pagamento de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos; outras obrigações jugadas cabíveis.	Reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo se impossível; renunciar voluntariamente a bens e direitos que sejam instrumentos, produto ou proveito do crime; prestação de serviços à comunidade; pagamento de prestação pecuniária ou outra condição indicada pelo MP, desde que proporcional e compatível com a infração imputada
Obrigatoriedade da confissão	Não possui previsão legal, mas o RICADE prevê, no seu art. 185 que, em casos de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário	É obrigatória. O investigado deverá confessar formal e circunstancialmente a prática criminosa



Benefícios	Suspensão do processo administrativo com a celebração do acordo e arquivamento após o cumprimento de todas as condições	Não oferecimento da denúncia e, ao final, cumpridas as condições, extinção da punibilidade
Vedação temporal de celebração de novo acordo	Regra do “one shot”: o requerimento de TCC só poderá ser apresentado uma única vez (§4º do art. 85 da Lei n. 12.529/2011 e §4º do art. 179 do RICADE)	Pode ser celebrado a cada 5 anos contados da data do cometimento do crime, desde que o investigado não tenha se valido de outro ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo no período
É direito subjetivo do administrado/investigado?	Não. TRF1 - Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.059730-8	Pendente de uniformização jurisprudencial; grande debate doutrinário
É permitida a intervenção de terceiros no acordo?	Sim. Terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada ou legitimados à propositura de ação civil pública	Não.

Fonte: A autora (2023).

5

ENFORCEMENT ANTITRUSTE POR MEIO DA APLICAÇÃO DO COMPLIANCE CONCORRENCIAL EM TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO (TCCs)¹

Antitruste Enforcement through Compliance application
in Cease and Desist Agreements

Natasha Siqueira Mendes de Nóvoa²
Universidade Federal do Pará (UFPA) – Belém/PA, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: No contexto da Lei 12.529/11, o artigo visa analisar as possibilidades institucionais presentes na legislação quanto à aplicabilidade do *compliance* concorrencial como um instrumento potencializador do *enforcement* antitruste em Termos de Compromisso de Cessação (TCCs).

Objetivo: Demonstrar de que forma pode-se melhorar o *enforcement* antitruste a partir da aplicação do *compliance* como instrumento complementar em TCCs, sob à luz da Lei 12.529/11.

Método: O artigo foi desenvolvido essencialmente sob o método dedutivo e através de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, desenvolvida sob confluência multidisciplinar entre textos de Direito e Economia, juntamente com a análise jurisprudencial de casos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Conclusões: Entende-se que é plenamente possível utilizar os programas de *compliance* como instrumento complementar de cooperação regulatória na defesa da concorrência, sendo possível vislumbrar avanços positivos nas possibilidades instrumentais do SBDC após a vigência da Lei 12.529/11, no entanto, observa-se que ainda existem caminhos a serem percorridos no Brasil.

Palavras-chave: *compliance* concorrencial - Termo de Compromisso de Cessação de Prática - instrumento de *enforcement* - Lei 12.529/11 - governança corporativa.

STRUCTURED ABSTRACT

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4648392251476133>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 01/04/2022 **Aceito em:** 24/05/2023 **Publicado em:** 31/07/2023

2 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Pará. Bolsista de Iniciação Científica pelo CNPq na área de Direito do Consumidor Digital. Membro do grupo de pesquisa “Consumo e Cidadania” (CNPq/UFPA). Intercambista no 41º PinCade. Mentorada no Women in Antitrust e membro do Women in Antitrust Júniores. **E-mail:** natasha.novoa@mudrovitsch.adv.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/9626327474346706>. **ORCID:** <http://orcid.org/0009-0006-5024-3117>.



Context: The article aims to analyze how to improve antitrust enforcement through compliance in fulfillment of Cease and Desist Agreements (TCC for its acronym in Portuguese), in the context of Brazilian law.

Objective: Demonstrate how antitrust compliance can be used as an effective tool in Brazilian regulatory cooperation, especially to increase the enforcement antitrust.

Method: Deductive and bibliographic method and jurisprudential analysis.

Conclusions: Compliance programs are positives as an instrument of regulatory cooperation in antitrust law, especially as an enforcement for antitrust law.

Keywords: antitrust compliance - Cease and Desist Agreements - enforcement - Brazilian Antitrust Law - corporate governance.

Classificação JEL: K21; K42

Sumário: 1. Introdução; 2. O Termo de Cessação de Prática como instrumento da Lei 12.529/11; 3. O Compliance Concorrencial como Possibilidade de Cooperação Regulatória na Defesa da Concorrência; 4. Avanços Institucionais e Novas Formas de Pensar os Instrumentos Preventivos; 5 Considerações Finais.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, o Direito da Concorrência somente se consolida como uma matéria relevante a partir do final do século XX, especialmente após a Constituição Federal de 1988. Antes disso, não havia um fortalecimento constitucional estabelecido, muito embora o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tenha sido criado em 1962, foi somente, após a Lei 8.884/94, que o órgão passou a ser uma autarquia com autonomia administrativa e orçamento próprio (BRASIL, 1994).

Dentre os principais fatores que limitavam a atuação do direito antitruste no Brasil, ressaltase a política de Estado protecionista e autoritária durante o Regime Militar (1964-1985), a qual dispunha de órgãos responsáveis pelo controle de preços na economia, bem como de incentivos à formação de grandes grupos econômicos. A atividade econômica, então, era rigidamente controlada pelo governo e foi somente após o início da década de 90, que o debate acerca da abertura da economia e do mercado como instrumentos de enfrentamento a processos inflacionários começou a se destacar de fato, pulverizando a importância de um direito da concorrência sólido no Estado brasileiro.

Assim, como um marco importante no antitruste brasileiro, pode-se ressaltar a lei 8.884/94 (BRASIL, 1994), bem como a Lei nº 10.149/2000 (BRASIL, 2000), que foram imprescindíveis na institucionalização do direito da concorrência, no entanto, com o passar dos anos, foram se observando algumas lacunas e contradições, especialmente nas restrições da discussão antitruste a uma parte isolada da sociedade, de modo que a população estava distante de qualquer decisão ou entendimento sobre o tema. Aliado a isso, alguns dispositivos legislativos não dialogavam mais com a tendência das autoridades internacionais, a exemplo do modelo de notificação posteriori ao Cade acerca da análise de um ato de concentração, ou até mesmo a estrutura organizacional da autarquia

e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, que careciam de uma divisão de função mais clara e operacional.

Desse modo, em 2011, foi promulgada a Nova Lei Antitruste responsável pela reestruturação do SBDC, que passou a ser composto somente pelo Cade e pela SEAE, bem como estabeleceu novos padrões institucionais e objetivos jurídicos ao Cade, a exemplo do seu alcance e das suas funções, a partir da adoção de ferramentas, até então, inovadoras. Assim, dentre as principais mudanças no SBDC, destacaram-se as alterações organizacionais, como a restrição do papel da SEAE, que passou a atuar com um enfoque maior na área educativa e de conscientização do direito concorrencial, e o papel mais ativo do Cade, o qual assumiu, de forma significativa, a função preventiva, repressiva e pedagógica.

No que se refere às três funções citadas, é imprescindível considerar que, conforme houve o fortalecimento normativo do direito antitruste no Brasil, surgem também novos desafios que exigem uma dialética constante com os novos instrumentos anticompetitivos, seja como método complementar à regulação ora vigente, seja como meio de ampliar o cumprimento da norma, o fato é: a Lei nº 12.529/11 (BRASIL, 2011) trouxe um arcabouço prático e teórico capaz de expandir as políticas antitrustes, contextualizando-a no cenário internacional.

Para Carvalho e Ragazzo (2017, p. 31) “a maior efetividade da defesa da concorrência também se deve, em grande medida, ao aperfeiçoamento da política de acordos de leniência e compromissos de cessação de conduta”, uma vez que os instrumentos se tornaram mais efetivos e foi possível ter-se mais clareza nos procedimentos aplicados pela autarquia. Isso, no entanto, não impede o Cade de continuar buscando meios de fortalecer ainda mais esse *enforcement*, isto é, a estrita observância aos preceitos que regem a defesa da concorrência.

Nesse sentido, uma das tendências da agenda antitruste se acentuou nos programas de *compliance* concorrencial como um meio alternativo de minimizar os riscos de cometimento de ilícitos antitrustes, seja por meio da educação concorrencial, seja pelo fomento da adoção de procedimentos empresariais de prevenção e detecção de condutas anticompetitivas. Logo, quando os agentes econômicos passam a atuar em conformidade com a lei, tem-se o aumento do *enforcement* regulatório, o que estimula a adoção de mais condutas em sintonia com a legislação antitruste.

O presente artigo, portanto, irá explorar o *compliance* como uma possibilidade institucional da Lei 12.529/11 com potencial de ampliar a “taxa de cumprimento” de TCCs. Apesar de o programa não estar expressamente previsto na Lei de Defesa da Concorrência, vem se observando esforços significativos do CADE e das demais autoridades internacionais para difundir o referido instrumento, a exemplo da exigência de Programas de Prevenção à Ordem Econômica como requisito para a celebração de TCCs.

Como objeto principal do artigo, busca-se demonstrar como o *enforcement* antitruste pode ser ampliado através do *compliance* concorrencial, especialmente quando presentes em TCCs. No primeiro tópico, será explicado o conceito e aplicação dos Termos de Compromisso de Cessação de Prática, para poder analisar a importância da cooperação regulatória entre o referido acordo com os programas de *compliance*. Em seguida, será possível compreender como o Cade pode orientar sua intervenção no equilíbrio entre o *enforcement* punitivo e promoção de iniciativas de conformidade com as regras, respeitando os limites da Nova Lei de Defesa da Concorrência. Por fim, será feita uma análise comparativa entre alguns TCCs ativos no Cade, com o objetivo de se manter a dialética entre



a teoria e a prática.

Em homenagem aos dez anos de vigência da Lei 12.529/11, tem-se a imprescindibilidade de ressaltar suas inovações, mas também em compreender suas lacunas. E o *compliance* concorrencial em TCCs, dentro de seus limites institucionais, pode representar uma cooperação regulatória efetiva na defesa da concorrência, especialmente como *enforcement* da legislação antitruste.

2. O TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA COMO INSTRUMENTO DA LEI 12.529/11

2.1. Uma Breve Análise do TCC na Legislação Antitruste Brasileira

O Termo de Compromisso de Cessação (TCC) consiste em um acordo firmado entre o Cade e qualquer pessoa física ou jurídica que esteja sendo investigada por um ilícito antitruste, institucionalizado no art. 85 da Lei nº 12.529/11 (BRASIL, 2011). A partir desse acordo, a autoridade competente concorda em suspender as investigações em relação ao(s) Compromissário(s) de TCC, desde que os termos de compromisso estejam sendo cumpridos.

De forma simplificada, então, tem-se que o TCC é um instrumento que busca cessar imediatamente uma conduta suspeita de prática anticompetitiva, de modo a restabelecer um mercado que respeite a competitividade por meio de um método menos burocrático e mais célere. Assim, além da presença de requisitos para a suspensão imediata da prática anticompetitiva, o termo também permite a disposição de outras medidas preventivas e educacionais, capazes de estimular a concorrência no mercado, como é o caso do *compliance*.

Nas palavras de Petter (2014, p. 403):

O TCC constituiu-se em um instrumento de composição de conflitos concorrenciais, sem necessidade de se passar por todo o trâmite do inquérito e do processo administrativo, assumindo o instituto mais um caráter preventivo do que repressivo da lei. A finalidade é a de evitar que os danos ao mercado continuem a ocorrer, com a recomposição do ambiente concorrencial (PETTER, 2014, p. 403)..

No entanto, apesar de ser um instituto menos burocrático, é necessário que ele seja proposto perante a Superintendência-Geral do Cade e, caso os autos já estejam no Tribunal aguardando julgamento, a proposta passará a ser negociada diretamente como o Conselheiro Relator. O requerente, então, deverá expressar seu interesse depois de protocolar a sua proposta e aguardar o posicionamento do Cade que conta, inclusive, com uma “Comissão de Negociação” responsável por orientar na condução das negociações e sugestões ao Tribunal, seja indicando a homologação, seja indicando a rejeição da proposta.

No que concerne a sua disposição legal, tem-se que este está no previsto no art. 85 da Lei nº 12.529/11 (BRASIL, 2011), a qual confere maior clareza e destaque perante as suas aplicações em comparação à Lei nº 8.884/1994 (BRASIL, 1994), uma vez que na legislação antiga do SBDC havia uma falta de diálogo entre o Cade e a SDE, posto que ambos podiam celebrar acordos de leniência e termos de compromisso conforme seus critérios de preferência, sem preocupação com a harmonia

do SBDC. Ademais, enquanto hoje é possível propor um TCC ao tribunal do Cade e à Superintendência, antes somente a primeira opção era válida, de modo que a SG ficava isolada das negociações e focada, principalmente, nas condenações. Ou seja, não havia um alinhamento entre os dois setores na estratégia antitruste, o que dificultava um fortalecimento institucional desse instituto.

Essa análise fica ainda mais clara a partir da jurisprudência do Cade, uma vez que durante os anos de vigência da Lei nº 8.884/1994 somente trinta e seis TCCs foram homologados (1994 – até março de 2012) enquanto, a partir da vigência da Lei nº 12.529/11, um total de trezentos e setenta e cinco TCCs foram firmados, em um espaço bem menor de tempo (março de 2012 – 2021), conforme observa-se dos dados extraídos de anuários do CADE entre os anos de 2017, 2018, 2019, 2021 e 2021 (ANUÁRIOS DO CADE, 2023).

Isso se deu, principalmente, pelo fato de que o TCC, enquanto instrumento de negociação, se adequou aos novos moldes e motivações da nova lei, o que garantiu uma maior coerência e consistência, alinhando-o não somente às funções estruturais no momento da negociação, mas equilibrando também a sua função preventiva e punitiva das práticas anticompetitivas. A Lei 12.529/11, portanto, trouxe um fortalecimento institucional ao Termo de Compromisso, expandido o seu alcance, conforme estabelece o § 14 do art. 85 (BRASIL, 2011), que concedeu autonomia ao CADE para propor normas complementares a essa matéria, como é o exemplo do Regimento Interno do Cade, o que possibilitou a introdução dos programas de *compliance* como requisito desses termos de compromisso, conforme será mais bem exposto no próximo capítulo.

Não obstante, a Lei 12.529/11 retirou, ainda, a previsão existente no art. 53 da antiga lei de defesa da concorrência, que previa a não confissão presumida do suposto infrator mesmo com a sua assinatura, enquanto que, na legislação vigente, é totalmente possível que o Cade exija o reconhecimento do investigado na participação da conduta para que o TCC possa ser celebrado e, mesmo assim, tem-se que os números de termos homologados cresceram exponencialmente, evidenciando que o risco de assumir uma participação em determinada conduta por um agente econômico, tem compensado os benefícios do termo de cessação. Em verdade, para Rodrigues e Araújo (2017, p. 43), “Grande parte da contribuição às investigações deu-se em razão da exigência de reconhecimento de participação e colaboração com as investigações”. Isso demonstra, novamente, o fortalecimento instrucional do TCC, também impulsionado pela Nova Lei de Defesa da Concorrência.

Observa-se, assim, que a Lei 12.529/11 demonstra uma preocupação maior com a difusão da defesa da concorrência na sua perspectiva inovadora, se comparada com a Lei 8.884/94 (BRASIL, 1994), na medida em que possui dispositivos que incentivam o diálogo com normas complementares e o alinhamento entre setores, enfatizando a possibilidade institucional de instrumentos alternativos para um melhor *enforcement*, desde regimentos a decretos, e programas de prevenção de infração à ordem econômica (BRASIL, 2011).

Nesse sentido, é possível perceber que, consoante à tendência da Lei 12.529/11, o TCC tem se tornado um instrumento efetivo no âmbito de condutas unilaterais e concentradas, mas também como uma forma de incentivar o cumprimento das regras e a educação concorrencial, reforçando a importância do papel preventivo da autarquia antitruste. Apesar disso, ainda existem lacunas no que concerne à postura do Cade quanto ao monitoramento desses TCCs, de modo que é imprescindível identificar quais são as principais barreiras nesse processo e como os programas de *compliance* podem se mostrar um instrumento de cooperação regulatória efetiva.

2.2. Possíveis lacunas do Cade para garantir o cumprimento de TCCS: uma Análise do TCC do Gás Natural (2019)

Conforme visto, os meios consensuais estão sendo cada vez mais adotados pela autoridade antitruste brasileira para incentivar um mercado competitivo, seja no que se refere ao acordo de leniência, seja quanto à aplicação de TCCs, especialmente após a vigência da nova lei de defesa da concorrência.

No que se refere ao uso do *compliance* em acordos celebrados com a autarquia, é possível mencionar o TCC celebrado com a Cascol Combustíveis para Veículos Ltda nos autos do Inquérito Administrativo nº 08012.008859/2009-86 (BRASIL, 2009), que investigava suposta prática de cartel no mercado de revenda de combustíveis no Distrito Federal. Na ocasião, a empresa celebrou TCC com o CADE para cessar a conduta e reconhecer a sua participação, de modo que, dentre as obrigações firmadas, foi exigido a implementação de um programa de *compliance*, o qual deveria prever a elaboração de um Código de Ética, bem como mecanismos para melhorar a conduta da empresa.

Outro exemplo de TCC que exigiu a aderência das requerentes a programas de *compliance*, foi o acordo celebrado pela Construtora Norberto Odebrecht no Inquérito Administrativo nº 08700.007277/2013-00 que investigava suposta formação de cartel em licitações para obras ambientais no Rio de Janeiro (BRASIL, 2013b). Dentre as cláusulas do referido acordo, restou estabelecido que a empresa deveria manter e aperfeiçoar o programa de *compliance* já existente na companhia, de forma contínua, sob pena de multa. Observa-se que nesse caso o programa de *compliance* já existia e foi ainda mais incentivado pela autarquia.

Logo, é possível afirmar que há uma tendência antitruste no Cade que visa a concretização de medidas mais voltadas à promoção da concorrência e reparação dos danos causados à sociedade, seja conscientizando as empresas sobre a noção de responsabilidade, seja exigindo destas uma forma mais célere de identificar infrações e suas respectivas soluções. Apesar disso, há de se reconhecer que esses instrumentos, especialmente em TCCs, ainda estão passando por adaptações, de modo que ainda existem lacunas compreensíveis quanto ao *enforcement* desses acordos, que podem servir como estudo de aprimoramento para a celebração de termos futuros.

Para demonstrar na prática algum desses gargalos, foi analisado o TCC do Gás Natural, celebrado entre o Cade e a Petrobrás (BRASIL, 2019), cujas principais objetivos consistiram na retirada completa dos elos de distribuição e transporte da empresa até o final de 2021, objetivando a abertura do mercado de gás natural a novos agentes. A alienação de ativos ficou sob a aplicação de *midstream-downstream* da cadeia, realizada somente após o processo produtivo, enquanto as etapas *upstream* passaram a serem restritas por regras comportamentais, que exigem, indubitavelmente, maior transparência e monitoramento em razão da maior dificuldade em se prever a efetivação dos resultados buscados.

Dentre as principais metas estabelecidas, destaca-se o compromisso da Petrobrás em:

- (i) desverticalizar sua atuação nos elos monopolistas (transporte e distribuição);
- (ii) arrendar o terminal de regaseificação/importação da Bahia (TR-BA);
- (iii) negociar de boa-fé e de forma não discriminatória o acesso às suas

essential facilities;

(iv) renunciar à exclusividade da capacidade de transporte;

(v) não contratar novos volumes de gás de outros produtores, exceto em situações específicas e sem cláusulas restritivas.

A regra comportamental-regulatória de precificação de contratos de fornecedores, por exemplo, não foi um item inovador, mas sim uma norma que vem apresentando dificuldade em surtir efeitos, conforme se pode extrair dos precedentes da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

Para Carvalho, Machado e Micheli (2019), as cláusulas do referido termo carecem de esclarecimento e planejamento capaz de delimitar como o que foi acordado será de fato cumprido:

No caso do TCC do gás, as obrigações têm o objetivo de permitir que o mercado lide com o gargalo concorrencial representado pelo monopólio da Petrobras na obtenção da molécula. Mas as cláusulas são curtas, vagas e avulsas, carentes de definições ulteriores. Quanta capacidade deve ser liberada pela Petrobras? Quais termos do contrato de arrendamento permitirão que a importação seja independente, encontre vazão e exerça pressão competitiva real? Que condições de acesso a dutos e unidades de processamento podem ser consideradas competitivamente viáveis? (CARVALHO; MACHADO; MICHELI, 2019).

Ademais, dentre as lacunas do referido acordo, destacam-se a falta de clareza e transparência nas diretrizes de regulação setorial, tanto na interpretação quanto no monitoramento das regras estabelecidas pelo Cade o que, conseqüentemente, diminui o cumprimento do instrumento.

A falta de transparência foi objeto, inclusive da auditoria do TCU realizada em agosto de 2021, que concluiu pela insuficiência de publicidade e transparência no cumprimento das cláusulas do referido TCC pelo Cade, bem como constatou a existência de lacunas nas recomendações propostas pelo CNPE, juntamente com discriminação de acesso às infraestruturas essenciais do referido mercado, o que fere o compromisso de “negociar de boa-fé e de forma não discriminatória o acesso às suas *essential facilities*,” posto que não foi concebido nenhum modelo de acesso a essas infraestruturas (TCU APONTA..., 2021). Assim, observa-se que três anos após a celebração do TCC, ainda há críticas tanto dos agentes de mercado, quanto dos órgãos estatais, especialmente no que tange ao monitoramento de cumprimento das regras comportamentais.

Não obstante, nota-se a ausência de um programa capaz de analisar as eficiências da operação verticalizada ou até mesmo de simular um cenário pós-operacional na cadeia de gás natural, uma vez que o TCC da Petrobrás propôs uma verticalização completa da cadeia, sem estruturar os possíveis riscos e maiores custos de transação oriundos desse arranjo, o que não foi capaz de diminuir as barreiras aos novos agentes de mercado. Essas restrições, portanto, foram estabelecidas de modo amplo, sem um diálogo com os possíveis *players* futuros, apresentando certa despreocupação em longo prazo, posto que a falta de diretrizes dessas relações verticais dificulta, inclusive, um monitoramento adequado. A consequência de não estabelecer metas bem definidas consiste na impossibilidade de medir, de forma precisa, os efeitos alcançados com determinado

termo, ocasionando incertezas diante das expectativas de mercado.

Para sanar esse tipo de omissão – ou reduzi-las - surgem, então, os programas de *compliance* com a possibilidade não somente de estabelecer regras de conduta e punições, mas de orientar de forma concisa como os agentes investigados devem adotar esses procedimentos empresariais de prevenção e detecção das próprias condutas ilícitas, antes da celebração do termo de compromisso. Ou seja, o próprio Cade, ao estabelecer os comportamentos admitidos e não admitidos, já deveria dispor de medidas razoáveis em caso do não cumprimento ou ofensa a qualquer item do acordo, respeitando os limites institucionais da Lei 12.529/11 (BRASIL, 2011).

Verifica-se, então, que apesar da legislação antitruste não prever expressamente em seus dispositivos os programas de *compliance*, observa-se um movimento significativo do Cade na adoção das ferramentas como solução complementar as abordagens consensuais, refletindo de forma coerente a mudança do paradigma punitivo do SBDC para um viés mais educativo e inclusivo, seja pelo contexto dos mercados digitais, seja pela tendência internacional na superação de métodos tradicionais de abordagem e resolução de conflitos.

Nesse contexto, entende-se que o *compliance* concorrencial vem se mostrando um instrumento complementar efetivo na defesa da concorrência, podendo, inclusive, ser uma solução alternativa em casos como o TCC do Gás Natural, posto que acordos relacionados à *essential facilities* são complexos e demandam um esforço bilateral ainda maior, tanto por parte da autarquia quanto das requerentes, para um monitoramento e cumprimento efetivo de suas cláusulas e diretrizes.

3. O COMPLIANCE CONCORRENCIAL COMO POSSIBILIDADE DE COOPERAÇÃO REGULATÓRIA NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

3.1. O Compliance Concorrencial no SBDC

Torna-se possível, então, adentrar mais afundo nos programas de *compliance* que, a respeito de uma perspectiva ampla, compreende uma série de medidas que podem ser adotadas por agentes públicos ou privados, com a finalidade de efetivar o cumprimento de determinada norma, objetivando a adequação dos referidos agentes às diretrizes de um sistema ou ordenamento.

A expressão é originária do verbo inglês “*to comply*”, que significa cumprir, executar ou atender a algo, de modo que a ideia central desse instrumento parte do conceito de conformidade. Nesse sentido, destaca-se a definição de Bertoncini e Araújo (2017) sobre o tema:

Em uma visão geral, o *compliance*, também denominado “Programa de Integridade” pela Lei Anticorrupção (Lei nº12.846/2013), é compreendido como o agir de acordo com o estabelecido por leis, regulamentos, protocolos, padrões ou recomendações de determinado setor, códigos de conduta e órgãos regulatórios. É um estado de conformidade desejado perante a lei, regulação ou em virtude de demanda. A expressão, originária do verbo inglês *to comply*, significa cumprir, executar, satisfazer ou realizar algo imposto. Dessa forma, estar em conformidade, colocando em prática regulamentos internos e externos, tendo como objetivo a mitigação de riscos e prejuízos, principalmente no âmbito empresarial, mas sendo também aplicado, cada

vez com maior intensidade, na esfera pública (BERTONCINI; ARAÚJO, 2017, p. 309).

De forma resumida, pode-se concluir que o *compliance* concorrencial parte do mesmo pressuposto do *compliance* tradicional, mas com um foco específico à observância normativa da lei antitruste, bem como aos demais instrumentos presentes no SBDC, a exemplo de regulamentos, cartilhas e diretrizes.

Foi, ainda em 2007, que o primeiro caso de programa de *compliance* esteve presente em um termo de cessação de conduta, celebrado entre a empresa Lafarge e o Cade, sob a investigação da indústria de cimento por prática de cartel:

Clausula Terceira – Das Obrigações da Compromissária 3.1. Adoção do Programa de *Compliance* – A COMPROMISSÁRIA compromete-se a incrementar as regras internas de prevenção às infrações concorrenciais e em adotar o programa de *Compliance* concorrencial anexo (BRASIL, 2014).

O programa continha as seguintes diretrizes: (i) – Normas Essenciais; (ii) Diretrizes de Implantação; (iii) - Inserção de Política e Programa de *Compliance*; (iv)- Conscientização, Treinamento e Informação; (v) - Cumprimento, Relatório e Verificação e (vi) - Violações à Política e já acenava para um novo paradigma no direito antitruste brasileiro. Ressalta-se, ademais, que a Lei 11.482 de 2007 alterou o art. 53 da Lei 8.884/94, passando a dispor em seu § 9º a possibilidade de normas complementares sobre cabimento, tempo e modo da celebração de TCC pelo Cade, dando indícios de que a autarquia iria se abrir, no futuro, a novas ferramentas concorrenciais.

Porém, foi somente após a vigência da Lei nº 12.529/11 que se observou um movimento crescente da defesa dos instrumentos de conformidade. Como um marco, tem-se a apresentação da proposta institucional pelo Cade, em 2015, para incentivar à adoção de programas de *compliance*. Isso foi feito a partir de um guia educativo cuja finalidade é estimular métodos eficazes de monitoramento de controle de condutas. Como resultado, o guia sugere um modelo de cooperação regulatória entre os entes privados e a autoridade antitruste, determinando, de forma clara, o objetivo do programa: torna-se um instrumento de *enforcement* na aplicação das regras concorrenciais previstas no SBDC. Ou seja, na defesa da concorrência os programas de *compliance* devem estar sempre atrelados a uma legislação ou norma já vigente, portanto, servem como instrumentos complementares e não como um fim em si mesmos.

Dentre os principais objetivos do programa, o guia do Cade (BRASIL, 2016) destaca: (i) identificação antecipada de problemas; (ii) reconhecimento de ilicitudes em outras organizações; (iii) benefício reputacional para a empresa e (iv) a redução de custos e contingências. No entanto, para que isso surta efeito, é imprescindível que haja um monitoramento adequado, que deve obedecer a algumas sugestões propostas também pelo documento do Cade, tais como: (i) proteção e organização de informações; (ii) clareza e transparência nos programas de tratamento e (iii) procedimento adequado para processar informações internas.

De acordo com a autarquia, os agentes econômicos, ao adotarem esses programas, passam a se prevenir e se adequar às regras do SBDC, o que, de certa forma, pode ser visto como um controle de conduta preventivo, bem como instrumento o *enforcement* regulatório. Assim, esse ciclo pode favorecer as três funções do Cade: a atuação preventiva, na medida em que evita a ocorrência

de infrações à ordem econômica e a ilícitos antitruste; a atuação educativa, tendo em vista o seu direcionamento ao esclarecimento de condutas, riscos e adequação à norma; e a atuação repressiva, posto que auxilia no *enfocement* de medidas já impostas pelo CADE, como nos monitoramentos de remédios concorrenciais e nos termos de compromisso de cessação de conduta.

Não menos importante, os programas de *compliance*, ao potencializar a função preventiva do Cade, também podem contribuir para a diminuição do sucateamento de demandas na autarquia e conseqüentemente para a redução de gastos.

Resta saber, entretanto, como os programas de *compliance* dialogam de fato com a Lei 12.529/11, a ponto de ser uma possibilidade institucional alternativa no combate ao ilícito antitruste

3.2. A Lei 12.529/11 permite os programas de *compliance*?

Conforme já demonstrado, apesar da nova lei de defesa da concorrência não prever expressamente os programas de *compliance*, ela abriu espaço para instrumentos normativos capazes de acompanhar a inovação antitruste, conforme se pode observar em seu art. 38, que defende o papel educativo da legislação concorrenciais, prevendo a instrução e a publicação das decisões ao público, com o intuito de tornar transparente a reputação dos agentes de mercado, incentivando, ainda que indiretamente, uma atenção maior das empresas quanto ao alinhamento legislativo (BRASIL, 2011).

Ademais, o guia do Cade esclarece a importância da adoção dos programas de *compliance* como fator atenuante da pena, dialogando também com o art. 45 da lei, que estabelece, como dever da autoridade antitruste, considerar a boa fé do infrator, bem como os seus possíveis efeitos negativos de mercado, durante a dosimetria da pena. Nessa perspectiva, o próprio guia de TCC elaborado em 2016 pelo Cade prevê expressamente os programas de *compliance* como elementos atenuantes durante a majoração da alíquota, na medida em que este se enquadra como exemplo de boa-fé do infrator:

Tribunal do Cade deve levar em consideração, segundo o art. 45, fatores como a boa-fé do infrator; o grau de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros; os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; e a reincidência. A adoção de um programa de *compliance* robusto, com medidas de controle de danos, que atenda aos requisitos expostos na seção 3.2 acima, pode ser considerada evidência da boa-fé da empresa infratora e da redução dos efeitos econômicos negativos da prática ilícita no mercado. Por conta disso, é perfeitamente possível que o Tribunal enquadre o programa de *compliance* como uma evidência de boa-fé e o configure como uma atenuante no cálculo da multa, reduzindo-a. Ademais, programas com essas características tendem a reduzir o risco de reincidência – que faz com que a multa aplicável seja dobrada pelo Cade (BRASIL, 2016, p. 42).

Logo, uma empresa que demonstre a aplicação efetiva de programas de programas de *compliance* já garante um ponto ao seu favor durante um momento decisivo.

Ressalta-se, ainda, que quando a legislação destaca a importância de se analisar os efeitos

negativos de determinada empresa no mercado, há uma clara alusão ao Princípio da Eficiência Econômico Social, que demonstra um compromisso social da interação econômico-jurídica hábil a respeitar os direitos individuais e coletivos de forma rápida e eficiente. Nas palavras de Stelzer e Chaves (2016, p. 90), o referido princípio consiste em um “vetor orientador para a criação e aplicação das normas, de maneira a vislumbrar espécie de convergência entre os ideais sociais e os princípios da ordem econômica”. Tal conceito dialoga com a própria evolução do papel do Estado em relação à sociedade e na consolidação do Estado Democrático de Direito, que carrega em seu bojo as noções de fraternidade, cooperação e responsabilidade social.

Portanto, não é incorreto dizer que há uma responsabilidade implícita das pessoas jurídicas com a qualidade competitiva do mercado, o que demanda ações compromissadas com o bem-estar social e com as diretrizes do SBDC, de modo que o *compliance* concorrencial deve ser visto como uma alternativa de efetivação do Princípio da Eficiência Econômico Social na atividade corporativa.

Não obstante o diálogo direto com a própria legislação da concorrência, é imprescindível destacar os esforços do Cade em demonstrar a importância dos programas de *compliance* para um melhor *enforcement* antitruste, posto que, além do guia publicado em 2016, o órgão antitruste também incluiu o referido tema no Plano Estratégico de 2013/2016 (BRASIL, 2013a) e no Plano Plurianual (2012/2015) do órgão, bem como passou a exigí-los em certos julgados, como nas cláusulas de TCCs já mencionadas.

É mister ressaltar que o TCC celebrado entre o Cade e a Cascol Combustíveis teve um impacto relevante no mundo do antitruste, visto que o referido caso foi elencado pela OCDE (2019) como uma das mais significativas investigações de cartéis do mundo. A exigência do programa de *compliance* no TCC homologado com a ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em 2019 também merece destaque, uma vez que o acordo especificou, detalhadamente, a forma de aplicação do programa, com destaque para a cláusula 3.1 que discorre, inclusive, sobre a exigência de monitoramento:

3.1 Supervisor de Monitoramento

A implementação do Programa de *Compliance* Concorrencial e a adoção pela ECT de medidas aptas a garantir o cumprimento deste Acordo ficarão sujeitas à fiscalização de um Supervisor de Monitoramento, nos termos previstos na Cláusula Quarta abaixo.

Logo, os programas de *compliance* não somente são uma alternativa institucional possível à aplicação da Lei 12.529/11, mas passaram a ser incluídos na própria agenda do SBDC, ou seja, são incentivados. Os programas estão sendo utilizados tanto em remédios concorrenciais, como instrumentos em TCCs para alavancar o *enforcement* antitruste, de modo que a fiscalização, regras de conduta e transparência passaram a ser fatores fundamentais no combate ao ilícito antitruste. A postura do Cade também demonstra a relevância positiva do referido tema como forma de conscientização e estímulo à cultura organizacional pautada nos pilares da ética empresarial e da legalidade, especialmente nos últimos dez anos, posto que o guia de *compliance* publicado em 2016, ainda que não se trate de lei, é considerado um marco fundamental para os novos rumos da defesa da concorrência no Brasil.

Portanto, é imprescindível destacar que a Lei 12.529/11 proporciona um cenário dialético com

os demais instrumentos normativos, permitindo o desenvolvimento de instrumentos que rompem com o monopólio estatal da aplicação da norma, bem como se mostra capaz de aproximar o âmbito cooperativo da cultura da conformidade, evocando uma sensibilização e conscientização acerca da política anticartel.

4. AVANÇOS INSTITUCIONAIS E NOVAS FORMAS DE PENSAR OS INSTRUMENTOS PREVENTIVOS

Sob esse pano de fundo, é possível concluir que os casos e as iniciativas analisadas demonstram um olhar positivo à adoção do *compliance* em TCCs como *enforcement* antitruste, especialmente se comparados à Lei 8.884/94 (BRASIL, 1994). Apesar disso, é importante destacar que o histórico da autoridade antitruste já demonstrava afeição pelo tema, sendo esses avanços institucionais resultados de engajamentos e edificações que percorrem um longo caminho para o alcance de um ambiente concorrencial íntegro, forte e sadio.

As iniciativas modernas, como o Guia de *Compliance*, se comparadas à Resolução nº 45 do Cade, responsável por modificar o Regimento Interno da agência antitruste, o qual estabelecia critérios para a assinatura de TCCs, ou então à Resolução nº 46, que introduziu a possibilidade dos programas de prevenção à ordem econômica nos TCCs, se mostram bem mais edificadas e seguras quanto às suas diretrizes. O artigo 38 da Lei 12.529/11, por exemplo, deixa em aberto inúmeras condições de possibilidades para novas formas de pensar os instrumentos preventivos, como é o caso da interpretação do princípio da boa-fé e do princípio da eficiência econômico social (BRASIL, 2011).

De certo modo, é possível concluir que o desenvolvimento na relação entre a disciplina pública da concorrência e a autorregulação privada consiste no alicerce dos novos instrumentos preventivos, posto que, quanto mais empresas internalizarem a cultura da concorrência, mais o Cade terá cumprido as suas três missões institucionais. No âmbito educacional, tem-se que o *compliance* cumpre com a difusão e sensibilidade da ética e conformidade empresarial. No cenário preventivo, o *compliance* assume justamente o instrumento de prevenção de comportamentos desviantes do previsto em lei. Já no que se refere à seara repressiva, tem-se que o descumprimento das cláusulas de *compliance* previstas em TCCs podem resultar em penalidades.

Nas palavras de Schapiro e Marinho (2016, p. 292):

Como assinalado, a promoção do *compliance*, se adequada, configura uma relação de cooperação regulatória, instituindo um círculo virtuoso: os agentes econômicos passam a desempenhar condutas em conformidade com a lei e, com isso, aumentam o *enforcement* regulatório, o qual, por sua vez, estimula a adoção de mais condutas em sintonia com a legislação (SCHAPIRO; MARINHO, 2016, p. 292).

Tem-se que é possível analisar um panorama otimista quanto aos avanços institucionais do Cade no que tange aos programas de *compliance*, especialmente após a vigência da Lei 12.529/11. Portanto, tais instrumentos devem continuar sendo explorados a fim de garantir ainda mais visibilidade e difusão da cultura anticartel, não somente como estratégia empresarial na seara

punitiva – preenchimento de requisito da boa-fé do infrator - mas principalmente como meio de assegurar a sensibilização e a efetividade da cultura e da ordem econômica constitucional brasileira.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo entende que o Cade disciplina e incentiva os programas de *compliance*, bem como busca enriquecer o ambiente concorrencial a partir da difusão da defesa da concorrência para além de sua abordagem punitiva, de modo que muito desses avanços se devem à Lei 12.529/11, que permite a cooperação regulatória saudável entre os agentes do SBDC.

Esse viés moderno pode ser observado quando da análise estatística dos guias do Cade, que demonstram um aumento no número de Acordos de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação nos últimos dez anos. Ademais, também se observa avanços em matéria de cooperação regulatória entre o Cade e outras autoridades brasileiras, bem como em sua imagem diante do cenário antitruste internacional.

No que tange ao uso do *compliance* em TCCs como *enforcement* antitruste, tem-se que os casos ora analisados demonstraram resultados positivos e dialogam com os avanços institucionais da autarquia, bem como se mostram uma alternativa complementar viável para demandas complexas que envolvem *essential facilities*, como na hipótese da sua aplicação no TCC do gás natural. O *compliance* em TCCs também dialoga com o Princípio da Eficiência Econômico Social, na medida em que é capaz de intensificar o compromisso social de agentes privados por meio de uma interação econômico-jurídica transparente e eficiente.

Apesar disso, é imprescindível considerar que ainda existem caminhos a serem percorridos, mas que o avanço brasileiro na matéria antitruste é notável e positivo, sendo a Lei 12.529/11 um fator determinante nos novos caminhos a serem percorridos, especialmente por aprofundar a área de alcance da proteção instrumental do direito da concorrência.

REFERÊNCIAS

ANUÁRIOS DO CADE. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, Brasília, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3wf7ZOP>. Acesso em: 13 set. 2022.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; ARAÚJO, Alexandra Barbosa Campos de. *Compliance Concorrencial: o Controle e o Combate às práticas ilícitas do Mercado Econômico*. **Percursos**, Curitiba, v. 4, n. 23, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/43kpFY9>. Acesso em: 19 fev. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para Programas de Compliance: Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial**. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/424wLiG>. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Plano Estratégico 2013-2016 (versão 1.0)**. Brasília: Cade, 2013a. Disponível em: <https://bit.ly/3BMtwBf>. Acesso em: 11 jul. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.008859/2009-86**. Interessados: Cascol Combustíveis para Veículos Ltda e outros. Brasília, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3IAHFpo>. Acesso em: 3 jan. 2023.



BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79**. Interessados: Lafarge Brasil S.A e outros. Brasília, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/432xAd8>. Acesso em: 2 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.007277/2013-00**. Interessados: Carioca Christiani-Nielsen Engenharia e outros. Brasília, 2013b. Disponível em: <https://bit.ly/3pYaupc>. Acesso em: 15 dez. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Requerimento de TCC nº 08700.003136/2019-12**. Brasília: Cade, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3MRV1A8>. Acesso em: 8 ago. 2022.

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. Disponível em: <https://bit.ly/4358M48>. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000**. Altera e acrescenta dispositivos à Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2000. Disponível em: <https://bit.ly/3opSKTk>. Acesso em: 11 jul. 2022.

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. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 2 nov. 2022.

CARVALHO, Vinicius Marques de; MACHADO, Henrique Félix; MICHELI, Marco. TCCs do Refino e do Gás Natural. **Jota**, São Paulo, 25 jul. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/43qEloV>. Acesso em: 31 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política da Concorrência**: Brasil 2019. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3nfEx6n>. Acesso em: 11 nov. 2022.

PETTER, Lafayete Josué. **Direito Econômico**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; CARVALHO, Vinicius Marques de. A Evolução do Antitruste do Brasil: A Política de Defesa da Concorrência sob A Lei 12.529/11. In: ANDERS, Eduardo Caminati *et al.* (coord.). **5 Anos Lei de Defesa da Concorrência**: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 22-34. Disponível em: <https://bit.ly/43EHVvR>. Acesso em: 2 mar. 2023.

RODRIGUES, Eduardo Frade; ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. Os 5 primeiros anos de aplicação da Lei N. 12.529/2011: a defesa da concorrência avança no Brasil. In: ANDERS, Eduardo Caminati *et al.* (coord.). **5 Anos Lei de Defesa da Concorrência**: Gênese, Jurisprudência e Desafios para o Futuro. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 36-49. Disponível em: <https://bit.ly/43EHVvR>. Acesso em: 2 mar. 2023.

SCHAPIRO, Mário Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. Compliance Concorrencial: cooperação regulatória na defesa da concorrência? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 53, n. 211, jul./set. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3BRWAYz>. Acesso em: 17 dez. 2022.

STELZER, Joana; CHAVES, Daniel Rocha. O Princípio da Eficiência Econômico-Social: uma proposta

de vetor do *free trade* ao *fair trade*. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Florianópolis, v. 2, n. 2, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3ouA6JW>. Acesso em: 15 jan. 2023.

TCU APONTA 'ação discriminatória' da Petrobrás na abertura do mercado de gás natural. **Reuters**, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3MPy4h2>. Acesso em: 12 set. 2022.



6

ATOS DE CONCENTRAÇÃO NÃO CONHECIDOS PELO CADE: A NECESSIDADE DE APRIMORAMENTO DOS CRITÉRIOS DE NOTIFICAÇÃO VISANDO MITIGAR A INSEGURANÇA JURÍDICA¹

Merger review cases dismissed by CADE: the need to improve notification criteria aiming to mitigate legal uncertainty

Isabela Monteiro de Oliveira²

Cescon, Barrieu, Flesch & Barreto Sociedade de Advogados – São Paulo/SP, Brasil

Thales de Melo e Lemos³

Cescon, Barrieu, Flesch & Barreto Sociedade de Advogados – São Paulo/SP, Brasil

Joyce Midori Honda⁴

Cescon, Barrieu, Flesch & Barreto Sociedade de Advogados – São Paulo/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Objetivo: Identificar os principais motivos para a submissão de operações que não eram de submissão obrigatória à análise prévia do Cade, bem como propor melhorias legais, regulamentares ou de *soft law* visando a mitigação desse fenômeno.

Metodologia: Examinaram-se, de forma quantitativa e qualitativa, todas as decisões de não conhecimento do Cade, durante a vigência da Lei 12.529/2011, e até a data de corte em 8 de abril de 2022. A partir disso, identificaram-se os principais pontos de controvérsia ou insegurança na

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braidó, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4648392251476133>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 18/04/2022 **Aceito em:** 17/05/2023 **Publicado em:** 31/07/2023

2 Graduada em Direito pela Universidade de Brasília – UnB em 2017, é advogada atuante na área de Direito Concorrencial pelo Cescon, Barrieu Advogados. Especialista em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas em 2020. **E-mail:** isabela.oliveira@cesconbarrieu.com.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/2488551359114590>. **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0000-8162-1543>.

3 Graduado em Direito pela Universidade de Brasília - UnB, em 2017, e advogado atuante na área de Direito Concorrencial pelo Cescon, Barrieu Advogados. Mestre em Economia pelo Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP. Participou de curso de extensão em Direito da Concorrência ofertado pela UnB em 2014. Participou de intercâmbio acadêmico na Universidade do Porto, Portugal, em 2016. Membro da Comissão de Defesa da Concorrência da OAB-DF e do IBRAC. **E-mail:** thales.lemos@cesconbarrieu.com.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/2998530886353797>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-0985-2088>.

4 Advogada, Mestre em Direito pela London School of Economics and Political Science (LSE), Pós-graduação em Direito Econômico - Fundação Getúlio Vargas (FGV) e graduada em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC). **E-mail:** joyce.honda@cesconbarrieu.com.br. **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0009-9691-7414>.

verificação da obrigatoriedade de notificação de operações ao Cade.

Conclusões: Ainda há critérios de notificação que inspiram dúvidas nos administrados, causando insegurança jurídica e motivando notificações que não seriam obrigatórias. Com as medidas propostas, espera-se conferir maior clareza e segurança jurídica aos administrados, assim contribuindo para evitar custos de transação relevantes e desperdício de recursos decorrente da movimentação desnecessária da máquina pública.

Palavras-chave: ato de concentração; análise prévia; conhecimento; segurança jurídica; Lei nº 12.529/2011.

STRUCTURED ABSTRACT

Objective: Identifying the main reasons for the submission of transactions that did not demand mandatory and previous approval by CADE, as well as proposing legal, regulatory and soft law improvements aiming to mitigate this phenomenon.

Methodology: This study examined quantitatively and qualitatively all CADE decisions that dismissed the analysis of non-mandatory notifications since Law No. 12.529/2011 entered into force, and until the cut-off date, on April 8, 2022. Therefrom, the main topics of controversy or insecurity in the assessment of the obligation to notify transactions to CADE were identified.

Conclusions: There are still notification criteria that inspire questions and cause legal uncertainty, encouraging non-mandatory notifications. With the proposed measures, this study expects to provide greater clarity and legal certainty in this matter, thus helping to avoid relevant transaction costs and unnecessary waste of public resources.

Keywords: merger filings; pre-merger notification mandatory notification; legal certainty; Law No. 12.529/2011.

Código de classificação JEL: K21

Sumário: 1. Introdução; 2. Histórico de casos não conhecidos pelo Cade; 3. Principais motivos de não conhecimento; 4. Considerações Finais; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) decide cerca de 400 a 600 atos de concentração por ano, conforme dados levantados pela própria autarquia e disponíveis na plataforma “Cade em Números”⁵.

Apesar de a maior parte dos atos de concentração ser julgada em seu mérito, isto é, com decisões pela aprovação sem restrições – hipótese mais frequente –, pela aprovação condicionada ou pela reprovação, ainda há uma quantidade relevante de casos submetidos que simplesmente não são conhecidos pela autoridade, por não cumprirem os requisitos para notificação obrigatória.

No ano de 2021, por exemplo, foram 20 casos sem julgamento de mérito, dos quais 19 não foram conhecidos e 1 foi arquivado por perda de objeto. Desde a vigência da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), em maio de 2012, e até a data de corte deste trabalho, em 08 de abril de 2022,

5 Plataforma Cade em Números. Disponível em: <https://bit.ly/2Uw6auS>. Acesso em: 05 abr. 2022.



foram 136 casos não conhecidos, dentre os cerca de 4170 analisados pelo Cade⁶. Apesar do número proporcionalmente baixo, tais notificações representam mais de 11 milhões de reais só em pagamento de taxas (adotando, por simplicidade, o valor atual da taxa de submissão ao Cade), sem mencionar os atrasos e as incertezas para fechamento (custos de transação) e a movimentação desnecessária da máquina pública.

Essa quantidade também parece indicar que, embora exista um nível razoável de entendimento quanto aos tipos de operação que devem ser obrigatoriamente notificadas ao Cade, ainda há situações que inspiram insegurança nos administrados, especialmente pela indefinição de conceitos na legislação ou regulação. A situação de insegurança é corroborada pela existência de diversas notificações reconhecidamente feitas “por cautela” pelas partes.

Nesse sentido, e apesar de a decisão de não conhecimento representar uma forma de evitar o prolongamento da análise de um ato de concentração de notificação não obrigatória, certo é que, mesmo nesses casos, há custos relevantes, privados e públicos, que poderiam ser evitados caso algumas das principais e mais recorrentes dúvidas dos administrados tivessem sido endereçadas de forma mais clara.

Ante a situação apresentada, e tendo em vista que a Lei nº 12.529/2011 está prestes a completar 10 anos de vigência, de modo que podem ser cogitados com mais clareza os acertos e possibilidades de melhoria, buscou-se, por meio deste estudo, verificar a representatividade das decisões de não conhecimento de atos de concentração, bem como seus principais motivos, no universo dos casos analisados pelo Cade. A partir desse cenário, almejou-se apresentar algumas possíveis ações e soluções que poderiam ser tomadas pela autoridade ou pelo legislador para endereçar as principais dúvidas e obscuridades que permeiam o atual ordenamento concorrencial brasileiro no que diz respeito à obrigatoriedade de notificação prévia de atos de concentração.

Para tanto, a análise foi desenvolvida a partir de duas etapas. a primeira foi a identificação das principais razões de não conhecimento. Uma vez identificadas tais razões, a segunda consistiu na proposição de melhorias em relação às duas mais recorrentes, quais sejam: (i) não atingimento dos critérios de faturamento; e (ii) ausência de requisitos para notificação obrigatória de contratos associativos.

Apresenta-se, primeiramente, uma breve exposição da metodologia utilizada para o levantamento e análise quantitativa dos casos não conhecidos pelo Cade desde o início da vigência da Lei 12.529/2011 e até a data de corte. Ressalte-se que a ausência de dados oficiais para alguns dos anos analisados pode limitar, ligeiramente, a precisão do levantamento. Ainda assim, entende-se que a análise foi compreensiva.

No tópico seguinte são analisados, em mais detalhes, os dois motivos de não conhecimento mais recorrentes no período investigado, sendo que um deles, a ausência de atingimento dos critérios de faturamento, tem diversos desdobramentos.

O trabalho conclui buscando endereçar cada um dos motivos e desafios apresentados, propondo sugestões de melhoria, a fim de evitar o desperdício de recursos e diminuir a insegurança dos administrados. Não obstante, também se espera contribuir com mais estudos sobre a temática do não-conhecimento, inclusive sobre os demais motivos identificados e não analisados a fundo nesta oportunidade.

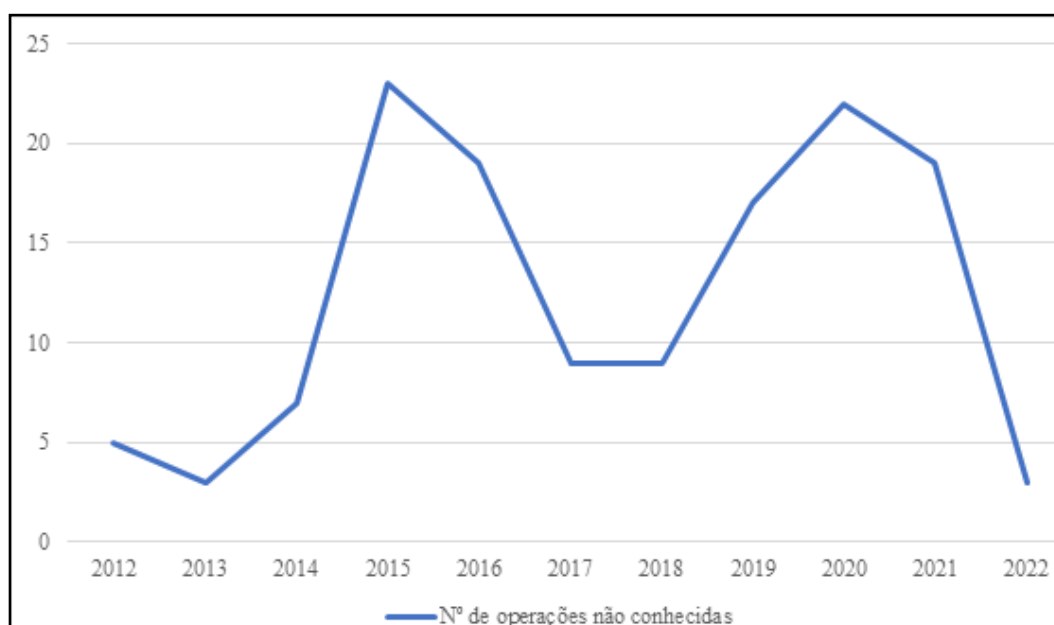
6 Idem.

2. HISTÓRICO DE CASOS NÃO CONHECIDOS PELO CADE

No que diz respeito ao período de 2015 a 2022, os dados foram colhidos com auxílio da ferramenta “Cade em Números”, disponível de forma pública no website do Cade. Já no que tange às informações de 2012 a 2014, não foi possível utilizar a mesma ferramenta, visto que esta não possui dados referentes a tais anos. Portanto, para o período de 2012 a 2014, foi feito o levantamento e a análise de todas as decisões de não conhecimento publicadas pela autoridade, identificadas através das publicações do Cade no Diário Oficial da União.

Foram analisadas 136 decisões em atos de concentração, emitidas tanto pela Superintendência-Geral (SG) quanto pelo Tribunal Administrativo do Cade. O Gráfico 1 a seguir retrata a distribuição de tais decisões ao longo do período analisado, ilustrando a evolução do número de casos ano a ano:

Gráfico 1 - Evolução do número de casos não conhecidos pelo Cade ao longo dos anos | 2012 a 2022



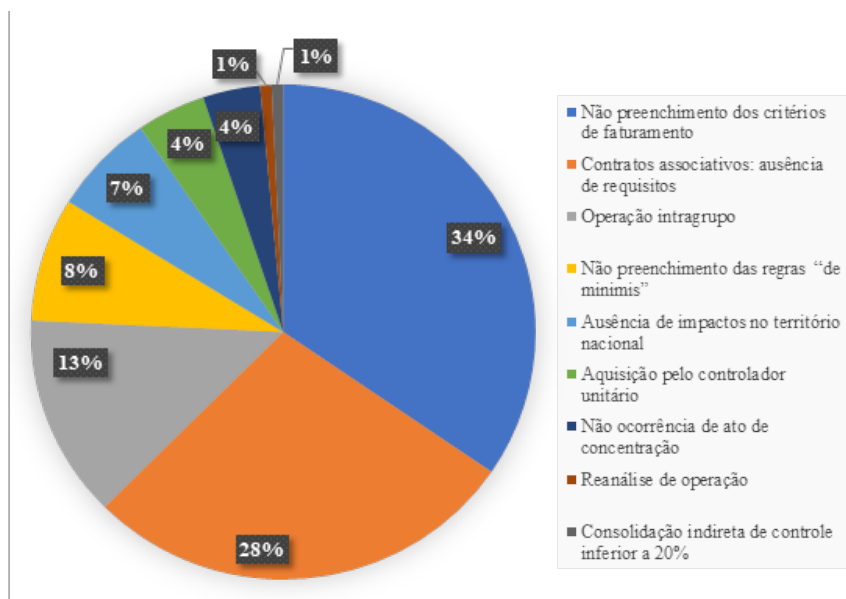
Fonte: Cade em Números; informações públicas disponíveis no website do Cade. Dados de 2022 vão até 8 de abril de 2022.

Elaboração: autores.

As decisões analisadas foram classificadas em 9 categorias, de acordo com a motivação para o não conhecimento: i) aquisição pelo controlador unitário; ii) ausência de impactos no território nacional; iii) consolidação indireta de controle inferior a 20% (art. 11 da Resolução nº 02/2012, revogado) (BRASIL, 2012b); iv) contratos associativos: ausência de requisitos para notificação obrigatória; v) não ocorrência de ato de concentração; vi) não preenchimento das regras “de minimis” para aquisições de participação societária; vii) não preenchimento dos critérios de faturamento; viii) operação intragrupo; e ix) reanálise de operação.

Assim, as decisões foram classificadas nas categorias mencionadas da seguinte forma:

Gráfico 2 - Decisões de não conhecimento de atos de concentração emitidas pelo Cade | 2012 a 2022



Fonte: Cade em Números; informações públicas disponíveis no website do Cade.

Elaboração: autores.

A partir da análise do Gráfico 1, é possível verificar que o motivo de não conhecimento mais frequente decorre do não preenchimento dos critérios de faturamento dispostos no art. 88, da Lei 12.529/2011, com 47 ocorrências, ou cerca de 34% das decisões de não conhecimento analisadas.

O segundo motivo mais recorrente está relacionado às notificações de contratos associativos, em dois momentos distintos: (i) a partir do estabelecimento de alguns requisitos para notificação obrigatória, por meio da Resolução do Cade nº 10/2014 (BRASIL, 2014d), como duração superior a 2 anos e relação de interdependência entre as partes envolvidas; e (ii) a partir da Resolução nº 17/2016 (BRASIL, 2016c), que revogou a resolução anterior na tentativa de tornar os critérios para notificação de contratos associativos mais claros, por exemplo, por meio da remoção de critérios de participação de mercado associados ao conceito de "interdependência" e a inclusão de critérios como o compartilhamento de riscos e resultados.

Dadas as limitações de espaço e escopo deste trabalho, o estudo não tem por objetivo se aprofundar na análise de cada um dos motivos para não-conhecimento identificados nos precedentes do Cade, mas sim aprofundar a análise sobre os dois motivos mais recorrentes citados – e que representam 62% dos casos de não-conhecimento, de modo a permitir a propositura de sugestões de melhoria objetivando reduzir as dúvidas dos administrados.

Ressalte-se, também, que muitas das discussões aqui apresentadas também foram realizadas em casos que tiveram como resultado o efetivo conhecimento. Entretanto, considerando as limitações mencionadas, bem como o foco do presente estudo na melhoria da legislação, regulação e *soft law* para evitar notificações *não obrigatórias*, o foco da análise recaiu apenas sobre os casos que não foram conhecidos pelo Cade.

Ante o exposto, na seção a seguir, os dois principais motivos para não conhecimento já identificados, e seus desdobramentos, serão analisados de maneira mais detida em seus próprios tópicos, com referência a precedentes do Cade e, quando aplicável, a orientações da doutrina.

3. PRINCIPAIS MOTIVOS DE NÃO CONHECIMENTO

3.1. Não preenchimento dos critérios de faturamento

De acordo com o art. 88 da Lei 12.529/2011, deverão ser submetidos ao Cade os atos de concentração econômica em que, cumulativamente, pelo menos um dos grupos envolvidos tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total, no Brasil, de no mínimo R\$ 750 milhões no ano anterior à operação; e em que pelo menos outro grupo envolvido na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total, no Brasil, de no mínimo R\$ 75 milhões, no ano anterior à operação⁷.

Embora o critério de faturamento em si seja bastante objetivo, há cenários que ainda geram dúvidas entre os administrados no que diz respeito ao seu cálculo, e que serão detalhados a seguir.

3.1.1. A figura do Gestor no caso dos grupos econômicos de fundos de investimento

O principal e mais recorrente tema de debate, quando se trata de cumprimento do critério de faturamento, é a composição de grupos econômicos. Esse tipo de discussão é especialmente frequente em atos de concentração envolvendo fundos de investimento.

Inicialmente, a Resolução nº 02/2012 do Cade estabelecia que, no caso dos fundos de investimentos, seriam considerados integrantes do mesmo grupo econômico, cumulativamente:

- I – os fundos que estejam sob a mesma gestão;
- II – o gestor;
- III – os cotistas que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos do inciso I; e
- IV – as empresas integrantes do portfólio dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante (BRASIL, 2012b).

Entretanto, a Resolução nº 09/2014 foi editada e alterou a redação dos dispositivos acima, tornando a definição dos grupos econômicos de fundos de investimento, ao menos para fins do cálculo de faturamento, mais simples, conforme abaixo:

Art. 4º Entende-se como partes da operação as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos.

[...]

§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico para fins de cálculo do faturamento de que trata este artigo, cumulativamente:

- I – O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de

7 Limites majorados pela Portaria Interministerial MJ/MF nº 994/12.

acordo de cotistas; e

II – As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante (BRASIL, 2014d).

Vale ressaltar que, à época da transição, o Cade promoveu a Consulta Pública nº 01/2014 (BRASIL, 2014b), por meio da qual submeteu à contribuição pública as propostas de alteração do texto da Resolução nº 02/2012, dentre as quais as que diziam respeito ao art. 4º, §2º. Dentre as contribuições submetidas, citam-se abaixo alguns trechos que capturam as implicações de uma das principais mudanças na redação do mencionado artigo, isto é, a exclusão do gestor:

Nessa linha, muito embora existam formas mais simples de enfrentar a matéria sem prejudicar ou dificultar a função de controle concorrencial, entendemos que Cade fez bem (i) em diferenciar a definição de grupo econômico para fins de cálculo do faturamento e (ii) ao colocar de forma expressa aquilo que vinha aplicando na prática. Nesse tocante, vale ressaltar a importância que se deve atribuir à clareza e precisão da norma para que se evite situações de incerteza e que gerem dúvidas e complicações desnecessárias para a própria autoridade concorrencial e aos investidores nacionais e internacionais (FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER LLP, 2014, p. 15).

A exclusão do gestor e das controladoras das empresas sob mesma gestão foi positiva. Houve uma aproximação ao tratamento conferido às demais instituições sujeitas ao regime de notificação obrigatória. Não há razão para um tratamento diferenciado aos fundos de investimento (CECORE, 2014, p. 5).

Ocorre que, conforme se verifica pela análise da jurisprudência de não conhecimento do Cade⁸, embora o atual art. 4º da Resolução nº 02/2012 seja bastante objetivo, essa definição ainda gera receio o suficiente por parte dos administrados, a ponto de que ainda haja um número considerável de submissões por cautela.

Tanto é assim que foram identificados diversos casos em que a inclusão, ou não, do gestor, foi tema central de debate.

Pode se apontar que a insegurança se deve, em grande medida, a dois pontos: (i) em primeiro lugar, ao fato de que, quando da análise do mérito das operações – isto é, de seus efeitos concorrenciais, o gestor do fundo de investimento continua sendo relevante, conforme estabelecem os Anexos I e II à Resolução nº 02/2012; e (ii) em segundo lugar, à decisão da Superintendência-Geral do Cade quando da análise do Ato de Concentração nº 08700.000180/2020-04⁹. Naquela ocasião, em direção aparentemente contrária ao texto atual da Resolução nº 02/2012, o Cade considerou

8 Ver, por exemplo, os Atos de Concentração nº 08700.001376/2021-99; 08700.001007/2021-04; 08700.006040/2020-31; 08700.005770/2020-15; 08700.002483/2020-53; 08700.000471/2020-94; 08700.004767/2019-41; 08700.003832/2019-11; 08700.007923/2017-63; 08700.007057/2017-19; 08700.006638/2016-44; 08700.005850/2016-94; 08700.001595/2015-20; e 08700.009945/2014-15.

9 Ato de Concentração nº 08700.000180/2020-04. Requerentes: Fundo de Investimento Multimercado Profit 1552 e Kepler Weber S.A. Decisão publicada em: 12 fev. 2020.

o gestor de um fundo de investimento envolvido na operação em análise como integrante do seu grupo econômico, tendo em vista que aquele exercia efetivo controle sobre o fundo¹⁰. Contudo, como destacado pela Superintendência na análise do referido caso, “tal medida” (de consideração do gestor) “representou uma excepcionalidade adotada meramente por motivos de cautela diante das informações constantes naquele caso concreto, e em nada alterou o entendimento deste Conselho”¹¹.

No contexto do Ato de Concentração nº 08700.000471/2020-94¹², por exemplo, o Cade manteve seu posicionamento usual, decidindo pelo não conhecimento da operação, sob os seguintes termos apresentados em parecer emitido pela Superintendência Geral:

12. Todavia, conforme consta no art. 4º, § 2º, da Resolução Cade nº 02/2012, nota-se que, essencialmente, a configuração de grupo relacionado a fundo, para fins de cálculo do faturamento, se restringe apenas aos cotistas do fundo envolvido na operação (restrito aos que detenham direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% de suas cotas, de forma individual ou por meio de acordo de cotistas) e empresa do portfólio do fundo envolvido na operação (com o percentual de participação de, ao menos, 20%, além das controladas). Essa regulamentação desconsidera, por completo, o gestor desse fundo e os demais fundos sob mesma gestão, assim como os cotistas e sociedades relacionadas a estes.

13. Isto posto, e em consonância com os precedentes deste Conselho, não cabe no presente caso considerar o gestor e tampouco os fundos e respectivos portfólios sob sua gestão, para fins de cálculo do faturamento dos grupos envolvidos (grifos nossos).¹³

O mesmo posicionamento foi observado nos pareceres dos Atos de Concentração nº 08700.005770/2020-15¹⁴; 08700.006040/2020-31¹⁵; 08700.001007/2021-04¹⁶ e 08700.001376/2021-99¹⁷, os quais não foram conhecidos pelo Cade sob a justificativa comum de que a Resolução nº 02/2012 não considera a figura do gestor quando da checagem da composição de grupo econômico relativa a fundos de investimento para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11.

Assim, a conclusão que se extrai é de que a não inclusão do gestor no grupo do fundo de investimentos, para fins de cálculo do faturamento, é um entendimento pacificado e previsto objetivamente em resolução. Por outro lado, ao menos uma hipótese excepcional – em que o

10 Voto do Cons. Hoffman, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.000180/2020-04, Doc. SEI nº 0728713, §11.

11 Parecer 175/2020/CGAA5/SGA1/SG, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.002483/2020-53, Doc SEI nº 0767026.

12 Ato de Concentração nº 08700.000471/2020-94. Requerentes: Opy Healthcare Gestão de Ativos de Investimentos S.A., Zona Norte Engenharia, Manutenção e Gestão de Serviços S.A. SPE, Magi Clean Administração de Serviços Ltda. e SH Engenharia e Construção Ltda. Decisão publicada em: 26 fev. 2020.

13 Parecer 67/2020/CGAA5/SGA1/SG, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.000471/2020-94, Doc. SEI nº 0723148.

14 Parecer nº 364/2020/CGAA5/SGA1/SG, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.005770/2020-15, Doc. SEI nº 0835546, §16-18.

15 Parecer nº 403/2020/CGAA5/SGA1/SG, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.006040/2020-31, Doc. SEI nº 0844745, § 16.

16 Parecer nº 84/2021/CGAA5/SGA1/SG, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.001007/2021-04, Doc. SEI nº 0878681, § 15.

17 Parecer nº 118/2021/CGAA5/SGA1/SG, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.001376/2021-99, Doc. SEI nº 0887014, § 20-23.



controlador do fundo se confundia com o gestor, esse último foi considerado no cálculo.

A incerteza quanto à possibilidade de que o ato notificado se encaixe na situação excepcional leva, inevitavelmente, a uma insegurança por parte do administrado e, conseqüentemente, a mais notificações por cautela.

3.1.2. *Dois grupos do mesmo lado da operação*

Outro motivo de não conhecimento de ato de concentração ocorre quando mais de um grupo econômico envolvido na operação atinge o critério de faturamento, porém tais grupos estão do mesmo lado (ou polo) da operação, seja da parte vendedora, seja da compradora.

Foi o que ocorreu, por exemplo, no Ato de Concentração nº 08700.000258/2013-53¹⁸, em que, embora a empresa compradora fosse detida por dois Fundos de Investimento, geridos por dois agentes distintos (*Goldman Sachs e Advent International*), a parte vendedora não pertencia a nenhum grupo econômico, e não atingia por si só o critério de faturamento. No referido precedente, o Cade estabeleceu que “deveria haver pelo menos dois grupos em lados distintos da operação”¹⁹.

No âmbito do referido caso, a ProCade chegou a se manifestar sobre o tema, opinando também pelo não conhecimento da operação, sob a justificativa de que:

o Grupo Goldman Sachs, embora tenha faturamento superior a R\$ 75 milhões, integra, juntamente com o Grupo Advent, o mesmo grupo econômico adquirente, na medida em que ambos são controladores da SINGIDA (fls. 13). Por tal razão, o faturamento do Grupo Goldman Sachs não pode ser considerado como o de “um outro grupo” envolvido na operação, para fins de aplicação do artigo 88, inciso II, da Lei nº 12.529/2011. Ao contrário, os faturamentos de ambos os grupos (Goldman Sachs e Advent) devem integrar, juntamente com o da SINGIDA, o somatório do faturamento global do grupo adquirente.²⁰

Situação similar se deu no Ato de Concentração nº 08700.003304/2019-61, em que a compradora pertencia a dois grupos econômicos distintos que atingiam o patamar de faturamento mínimo. No entanto, o grupo vendedor não atingia o critério, de modo que a operação não era de notificação obrigatória. Neste caso, o Cade reforçou a necessidade de “verificar se os critérios mínimos de faturamento são preenchidos pelo polo comprador e vendedor”²¹, não sendo suficiente que apenas um dos polos preencha o critério.

Nota-se, portanto, que certas operações de notificação não obrigatória foram submetidas à apreciação do Cade por ausência de especificação, em qualquer dispositivo legal ou infralegal, do entendimento da autoridade acerca da aplicabilidade do critério.

18 Ato de Concentração nº 08700.000258/2013-53. Requerentes: Singida Participações Ltda. e Data Solutions Serviços de Informática Ltda. Decisão publicada em: 04 fev. 2013.

19 Parecer Técnico nº 030 da Superintendência-Geral, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.000258/2013-53, Doc SEI nº 0107568, §4º, p. 82.

20 Parecer nº 12/2013 – PFECAD/PGF/AGU, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.000258/2013-53, p. 72-77.

21 Parecer nº 224/2017/CGAA5/SGA1/SG, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.003304/2019-61, Doc SEI nº 0642915, §11.

3.1.3. Estado como integrante do grupo econômico

Ainda na temática da configuração de grupo econômico, é interessante citar os casos em que o próprio Estado é acionista e/ou quotista de uma das partes da operação.

No Ato de Concentração nº 08700.008382/2012-86²², por exemplo, foi analisado um cenário em que as empresas-alvo da operação eram parte de grupo econômico constituído por pessoas jurídicas, direta ou indiretamente, controladas pelo Estado francês. Na oportunidade, a SG ressaltou que “os Estados em si, que controlam ou possuem participação em uma empresa pública, não são considerados partes da operação (nem tampouco o seu faturamento), embora a empresa pública e seu respectivo grupo o sejam”²³.

Nesse sentido, nos atos de concentração envolvendo, por exemplo, empresas públicas, autarquias ou sociedades de economia mista, tais empresas são consideradas como integrantes de um grupo econômico próprio; entretanto, as outras empresas nas quais o Estado detém controle ou participação acionária não têm o seu faturamento considerado dentro daquele grupo econômico.

Essa também foi a situação observada, por exemplo, no Ato de Concentração nº 08700.002815/2020-08²⁴. No referido caso, o polo comprador era integrado pelo Fundo de Estabilização Econômica do Governo Alemão (em alemão, *Wirtschaftsstabilisierungsfonds*, ou “WSF”), o qual havia sido criado com o fim de implementar, por um período de tempo determinado, as medidas consideradas necessárias para oferecer suporte à economia alemã, por meio da estabilização de empresas e da proteção de empregos. De acordo com as Requerentes naquele caso, a criação do WSF fazia parte das medidas adotadas pelo governo alemão com o objetivo de lidar com a crise econômica causada pela pandemia da Covid-19.

Contudo, na oportunidade, entendendo que o único grupo possível do WSF seria de fato o próprio governo alemão, o Cade reiterou o entendimento de que Estados não devem ser considerados grupos econômicos para fins da checagem de faturamento prevista no art. 88 da Lei 12.529/2011, e que “não se devem considerar integrantes de um mesmo e único grupo estatal todo o rol de empresas controladas por um determinado Estado”²⁵.

Por fim, a operação não foi conhecida pelo Cade, tendo em vista que, uma vez que o Estado Alemão não se enquadrava no conceito de grupo econômico para fins concorrenciais, a operação possuía apenas um grupo com faturamento passível de averiguação, não atingindo o mínimo de dois grupos exigido pelo art. 88.

Embora a referida hipótese de não conhecimento tenha ocorrido apenas duas vezes durante o período analisado, entende-se que, especialmente por se tratar de uma discussão de baixa complexidade e que pode evitar diversas notificações futuras, esta deve ser endereçada.

22 Ato de Concentração nº 08700.008382/2012-86. Requerentes: OpenGate Capital Group Europa Sàrl, Tessenderlo Chemie NV, Tessenderlo Chemie International NV e Tefpar SAS. Decisão publicada em: 05 nov. 2012.

23 Parecer Técnico nº 225 da Superintendência-Geral, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.008382/2012-86, p. 247.

24 Ato de Concentração nº 08700.002815/2020-08. Requerentes: Wirtschaftsstabilisierungsfonds e Deutsche Lufthansa AG. Decisão publicada em: 19 jun. 2020.

25 Parecer nº 180/2020/CGAA5/SGA1/SG, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.002815/2020-08, Doc. SEI nº 0768898, § 26.



3.1.4. Definição de Volume de negócios

O termo “volume de negócios” é citado pela Lei de Defesa da Concorrência, em seu art. 88, como um dos parâmetros financeiros para a apuração da obrigatoriedade de notificação de atos de concentração ao Cade, conforme transcrito a seguir:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I – pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II – pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Embora esteja expressamente previsto no mencionado dispositivo, não há definição, na legislação ou em regulamentos do Cade, para o conceito de “volume de negócios”, nem qualquer diretriz metodológica formal para o cálculo dessa variável, o que dificulta a aplicação do conceito.

Um exemplo de caso em que foi utilizado o “volume de negócios” para verificação da obrigatoriedade de notificação foi o Ato de Concentração nº 08700.011002/2013-71²⁶, entre a China Construction Bank Corporation (CCB) e o Banco Industrial e Comercial S.A. (BICBANCO). No âmbito da referida operação, o Grupo CCB não havia obtido faturamento no território brasileiro, razão pela qual as partes optaram por apresentar o volume de negócios auferido no Brasil, tendo o seu cálculo considerado as operações/transações realizadas pelo Grupo CCB fora do Brasil com clientes brasileiros no ano anterior.

Todavia, levando em conta que o volume de negócios da CCB não ultrapassou o mínimo requerido na legislação, o Cade acabou por não conhecer o Ato de Concentração, confirmando o entendimento das partes de que a operação não seria notificável.

Nesse sentido, entende-se que a indefinição legal do conceito de “volume de negócios” contribui para uma situação de insegurança jurídica e, conseqüentemente, para a ocorrência de submissões por cautela.

Portanto, fica evidente a necessidade de que seja esclarecido o real conceito de “volume de negócios” e a metodologia de cálculo a ser utilizada em sua apuração, a fim de fornecer maior segurança jurídica aos administrados, bem como de evitar a movimentação da máquina estatal para o exame de operações que poderiam, facilmente, ser enquadradas como não-notificáveis.

26 Ato de Concentração nº 08700.011002/2013-71. Requerentes: China Construction Bank Corporation e Banco Industrial e Comercial S.A. Decisão publicada em: 10 jan. 2014.

3.1.5. Data da taxa de câmbio

Houve, ainda, instâncias em que a controvérsia sobre a obrigatoriedade de notificação de determinada operação estava relacionada tão somente a uma dúvida sobre a data da taxa de câmbio que deveria ser aplicada para a conversão do valor do faturamento obtido em moeda estrangeira. Foi o caso do Ato de Concentração nº 08700.004156/2015-79²⁷, ocasião na qual as partes não haviam atingido os critérios de faturamento mas, mesmo assim, optaram por submeter a operação, visto que os limiares seriam ultrapassados caso fosse adotada a taxa cambial de conversão de dólares em reais na data da notificação do ato de concentração (e não do último dia do ano a que se refere o faturamento).

De acordo com a SG, naquele precedente, seguindo a prática do Cade, a taxa de câmbio para conversão à moeda nacional deveria ser (i) a média das taxas de conversão do ano anterior à operação; ou (ii) a taxa da conversão do último dia do ano anterior à operação. Ainda, a maioria dos atos de concentração utilizam a segunda metodologia pela praticidade.

Diante desta hipótese, o desafio que se está buscando explorar no presente artigo fica ainda mais evidente, uma vez que um ínfimo detalhe como a data da taxa de câmbio para conversão pode ser capaz de levar ao enquadramento errôneo de uma operação dentro dos critérios de notificação, motivando a movimentação do Cade e provocando a alocação ineficiente de recursos e de capital humano.

Todavia, o próprio Cade reconheceu a questão e, na atualização de seu Regimento Interno (BRASIL, 2020k), objetivou a questão e estabeleceu que deve ser considerada a taxa utilizada no último dia útil do ano anterior à Operação, conforme disposição atual:

Art. 46. A unidade monetária a ser utilizada em qualquer informação prestada ao Cade será o real (R\$), devendo o informante indicar, quando for o caso, a taxa de câmbio utilizada, o critério de escolha e o período de referência.

Parágrafo único. Para fim de cálculo dos faturamentos constantes no art. 88 da Lei 12.529, de 2011, a taxa de câmbio a ser utilizada deverá ser a referente ao último dia útil do ano anterior ao ato de concentração (BRASIL, 2020k).

Posteriormente à formalização da regra no Regimento Interno, houve ainda outro caso de não conhecimento pelo mesmo motivo, o Ato de Concentração nº 08700.005815/2020-51²⁸, evidenciando que, muitas vezes, mesmo com uma previsão explícita da legislação, ainda pode haver receio por parte do administrado no momento da submissão de operação ao Cade.

3.2. Contratos associativos: ausência de requisitos para notificação obrigatória

A Lei nº 12.529/2011 estabeleceu, de forma objetiva, que os chamados “contratos associativos” podem configurar atos de concentração. Entretanto, como se percebe do grande número de casos não-conhecidos envolvendo essa matéria – mais de 30 casos, desde que a lei entrou em vigor, há

27 Ato de Concentração nº 08700.004156/2015-79. Requerentes: Ferrous Resources Limited e IEP Ferrous Brazil LLC. Decisão publicada em: 14 maio 2015.

28 Ato de Concentração nº 08700.005815/2020-51. Requerentes: Cheplapharm Arzneimittel GmbH e F. Hoffmann - La Roche Ltd. Decisão publicada em: 08 dez. 2020.



dúvidas relevantes sobre a definição deste tipo de contrato e sobre quando eles são efetivamente de notificação obrigatória ao Cade.

Em breve síntese, contratos associativos estão intimamente ligados à hipótese de cooperação empresarial – conjugação de esforços e bens para um objetivo comum, mas não implicam em alterações da estrutura societária das empresas envolvidas (BINOTTO, 2018). Outros elementos já apontados foram a estabilidade da cooperação, com alto grau de interdependência entre as partes²⁹.

Como se percebe, há uma “infinidade” de arranjos contratuais que podem se enquadrar nessa definição ampla, e a autoridade antitruste busca identificar aqueles que efetivamente alteram a dinâmica competitiva dos mercados, sendo a estabilidade da cooperação uma característica essencial para tanto (BRASIL, 2021a). Ainda assim, diversos contratos são notificados anualmente e, por não serem considerados relevantes ao controle de concentrações no Brasil, acabam não-conhecidos pela autoridade.

Nesta direção, já foram duas as tentativas do Cade de esclarecer, via regulação, quais tipos de contratos estão sujeitos ao escrutínio obrigatório.

3.2.1. Casos não-conhecidos sob a égide da Resolução nº 10/2014

A primeira tentativa foi a edição da Resolução nº 10/2014, segundo a qual consideram se associativos os contratos com duração superior a 2 anos em que houver cooperação horizontal, vertical ou compartilhamento de risco que acarrete relação de interdependência entre as partes contratantes. Entretanto, a Resolução nº 10 foi criticada por também incluir, dentre os requisitos para notificação obrigatória, critérios de participação de mercado – desta forma, inserindo uma análise tipicamente de mérito, e que normalmente demanda esforço de instrução pela autoridade, no que deveria ser, essencialmente, uma análise de conhecimento (CAIXETA, 2016).

Possivelmente pelas dificuldades associadas à definição precisa de mercados relevantes e cálculos de participação de mercado, diversas foram as notificações “por cautela” durante a vigência da Resolução nº 10/2014 e não conhecidos. Por exemplo, no Ato de Concentração nº 08700.002887/2015-80, que tratou da formação de uma “aliança estratégica”, entre três grupos do setor sucroalcooleiro para negociação e aquisição conjunta de produtos e serviços, a Superintendência-Geral verificou que a operação não acarretaria concentração horizontal superior a 20% em nenhum dos mercados afetados. Resultado similar se deu no Ato de Concentração nº 08700.001403/2015-85, envolvendo um contrato exclusivo de distribuição e comercialização entre empresas farmacêuticas, que não resultava em sobreposição horizontal e em que as participações de mercado envolvidas na relação vertical estavam abaixo de 30%.

Outros casos nessa mesma linha foram os Atos de Concentração nº 08700.007365/2015-74, 08700.011682/2015-85, 08700.009389/2015-68, 08700.012314/2015-64, todos envolvendo acordos de código compartilhado (*codeshare*) entre companhias aéreas em que não havia sobreposição horizontal ou as participações conjuntas estavam abaixo de 20%, e o Ato de Concentração nº 08700.012334/2015-35, que evoluiu parceria para oferta e distribuição de seguros por meio de canais SMS, iSMS e televidas, e em que as participações nos mercados verticalmente relacionados estavam abaixo de 30%.

²⁹ Voto-Vogal do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84, Doc. SEI nº 0545523, § 65 e 75.

Outros motivos relevantes para não-conhecimento, com base na Resolução nº 10/2014, foram a ausência de compartilhamento de receitas ou prejuízos e ausência de exclusividade (de fato ou de direito) em contratos de fornecimento de insumos e prestação de serviços³⁰, acordos de não reivindicação de direitos de propriedade intelectual³¹ e licenciamento não exclusivo de tecnologia³². Tendo em vista que a Resolução nº 10/2014 foi revogada, e que esses tópicos permanecem em voga na vigência da resolução atual, serão melhor explorados adiante.

O levantamento realizado aponta 15 casos não conhecidos com base na Resolução nº 10/2014, em um período relativamente curto, de aproximadamente um ano e meio. Sendo assim, na tentativa de tornar os critérios mais adequados e claros, e considerando o elevado número de notificações não obrigatórias e não conhecidas pelo Cade, o Cade publicou, em 18 de outubro de 2016, a Resolução nº 17, revogando a Resolução nº 10 e disciplinando ainda mais as hipóteses de notificação de contratos associativos.

3.2.2. Casos não-conhecidos a partir da vigência da Resolução nº 17/2016

De acordo com a Resolução nº 17/2016, qualquer contrato com duração igual ou superior a dois anos, e que estabeleça um empreendimento comum para explorar uma atividade econômica pode ser considerado um contrato associativo de notificação obrigatória, desde que, cumulativamente: (i) estabeleça o compartilhamento de riscos e resultados da atividade econômica; e (ii) as partes contratantes e/ou seus respectivos grupos econômicos sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato. Vale ressaltar que acordos com duração inferior a dois anos, mas com possibilidade de renovação, ou de prazo indeterminado, devem ser submetidos previamente se tal marco temporal viria a ser atingido. Sendo assim, com a eliminação de critérios que geravam dúvidas, como os relacionados à participação de mercado, o Cade esperava garantir mais segurança jurídica.

Apesar disso, percebe-se que ainda há relevantes dúvidas dos administrados, especialmente em relação aos conceitos de empreendimento comum e de compartilhamento de riscos e resultados, na medida em que ainda há um elevado número de casos notificados após a vigência da Resolução nº 17/2016 e não conhecidos pelo Cade: foram 24 no período analisado.

Boa parte destes casos não foram conhecidos por envolverem, em suma, uma relação comercial típica, de distribuição, industrialização ou fornecimento, por exemplo, sem que se verificasse ingerência de uma parte sobre a outra ou a coordenação de suas atividades³³. Neste sentido, deixaram de ser conhecidos atos de concentração que não constituiriam empreendimento comum por envolverem apenas a inclusão de mais um distribuidor de produtos, sem importar em exclusividade, com obrigações comuns a um contrato de revenda³⁴, ou que estipulavam apenas

30 Atos de Concentração nº 08700.009926/2015-70. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e Raízen Combustíveis S/A. Decisão publicada em: 30 out. 2015; e Ato de Concentração nº 08700.006240/2015-27. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. Decisão publicada em: 06 jul. 2015.

31 Ato de Concentração nº 08700.011952/2015-68. Requerentes: ABB Ltd. e Siemens AG. Advogados: Mariana Tavares de Araujo e outros. Decisão publicada em: 30 dez. 2015.

32 Ato de Concentração nº 08700.004282/2016-12. Requerentes: Monsanto Company e Syngenta Crop Protection AG. Decisão publicada em: 28 jun. 2016.

33 Atos de Concentração nº 08700.001943/2020-26. Requerentes: Novartis Biociências S.A. e Divcom S/A. Decisão publicada em: 12 maio 2020; e Atos de Concentração nº 08700.004084/2018-11. Requerentes: Votorantim Cimentos S.A. e Supremo Cimentos S.A. Decisão publicada em: 11 jul. 2018.

34 Ato de Concentração nº 08700.008484/2016-25. Requerentes: Medley Farmacêutica Ltda. e Aurobindo Pharma Limited. Decisão publicada em: 17 jan. 2017.



obrigações típicas de contratos de industrialização e fornecimento, mantendo as atividades das partes independentes e com comercialização dos respectivos produtos de maneira autônoma no mercado³⁵. Em ao menos um caso, o fato de a relação ser “meramente vertical, não atendendo aos requisitos do art. 2º da Resolução nº 17” foi considerado para a decisão de não-conhecimento³⁶.

Em outro caso, a Superintendência-Geral afirmou que “serão considerados associativos aqueles contratos que, de alguma forma, permitam a seus signatários organizarem fatores de produção na busca de um objetivo comum”. Isso não se verificou no caso do contrato de industrialização “por conta e ordem” então em análise, já que não havia qualquer elemento contratual que importasse em atuação conjunta ou ingerência de uma Parte na outra, com o condão de pautar a oferta de produtos no mercado. Além disso, o contrato estabeleceria forma usual para pagamento pelo fornecimento dos produtos, isto é, preços pré-acordados por tonelada, o que afastaria a hipótese de compartilhamento de resultados³⁷.

Ainda quanto à forma de pagamento, um caso não foi conhecido tendo em vista que o pagamento pelo serviço não estava associado à receita decorrente das vendas da parte que receberá os produtos fornecidos, não existindo compartilhamento de resultados³⁸. Outros elementos já considerados para decidir pelo não conhecimento, devido à ausência de compartilhamento de riscos e resultados, foram a não previsão de investimentos conjuntos ou comprometimento com metas de vendas³⁹, bem como estabelecimento de cláusulas que, em direção contrária, previam obrigações individuais e autônomas para cada parte⁴⁰.

Outro caso importante, cujo não-conhecimento após a vigência da Resolução nº 17/2016, foi a análise de um acordo de *codeshare* entre TAM e Qatar Airlines⁴¹. Esse tipo de contrato era notificado com frequência ao Cade – foram ao menos 57, desde a vigência da Lei nº 8.884/1994, embora só tenham sido enquadrados como associativos a partir da vigência da Lei nº 12.529/2011. Entretanto, com a vigência da Resolução nº 17/2016, e a partir da decisão da Superintendência-Geral no referido caso, os acordos de *codeshare* típicos deixaram de ser notificação obrigatória por não importarem em compartilhamento de riscos e resultados, uma vez que não preveem fatores como: (i) reserva de assentos; (ii) qualquer forma de ingerência de uma parte sobre a outra (incluindo em relação à estipulação de tarifas, cronogramas, serviços, estratégias comerciais e matérias similares); (iii) cláusulas potencialmente restritivas da concorrência; e (iv) troca de informações concorrencialmente

35 Ato de Concentração nº 08700.007372/2018-19. Requerentes: Votorantim Cimentos N/NE S.A. e Polimix Concreto Ltda. Decisão publicada em: 03 jan. 2019; e Ato de Concentração nº 08700.005007/2020-94. Requerentes: Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda., Climazon Industrial Ltda. e Springer Carrier Ltda. Decisão publicada em: 17 nov. 2020.

36 Ato de Concentração nº 08700.002560/2020-75. Requerentes: Janssen-Cilag Farmacêutica Ltda. e Piramal Critical Care Ltd. Decisão publicada em: 19 jun. 2020.

37 Ato de Concentração nº 08700.001572/2019-49. Requerentes: International Paper do Brasil Ltda. e Bignardi Indústria e Comércio de Papéis e Artefatos Ltda. Decisão publicada em: 17 abr. 2019.

38 Ato de Concentração nº 08700.002194/2019-11. Requerentes: Novelis do Brasil Ltda., Latasa Indústria e Comércio Ltda., Latasa Metais Ltda., Aluzinco Indústria e Comércio de Metais Ltda., Latasa MS Reciclagem Ltda., Latasa Garimpeiro Urbano Com. Metais Ltda., Latasa Garimpeiro Urbano Centro Oeste Com. Metais Ltda., Latasa Garimpeiro Urbano Nordeste Com. Metais Ltda., Latasa Garimpeiro Urbano Rio de Janeiro Com. Metais Ltda., Latasa Garimpeiro Urbano Sul Com. Metais Ltda., Latasa Garimpeiro Urbano Manaus Com. Metais Ltda. e Latasa Garimpeiro Urbano Minas Com. Metais Ltda. Decisão publicada em: 17 maio 2019.

39 Ato de Concentração nº 08700.004835/2019-71. Requerentes: Johnson & Johnson do Brasil Indústria e Comércio de Produtos para Saúde Ltda. e Cellera Farmacêutica S.A. Decisão publicada em: 29 out. 2019.

40 Ato de Concentração nº 08700.004359/2020-22. Requerentes: Amil Assistência Médica Internacional S.A. e Zurich Santander Brasil Odonto Ltda. Decisão publicada em: 15 out. 2020.

41 Ato de Concentração nº 08700.002529/2017-39. Requerentes: TAM Linhas Aéreas S.A. e Qatar Airways Q.C.S.C. Decisão publicada em: 05 maio 2017.

sensíveis. Além disso, cada parte deve arcar com seus próprios custos e despesas de desempenho (BRASIL, 2017a).

Também merece destaque o não-conhecimento de uma operação de *Sailing Frequency Agreement*, por meio da qual duas empresas de transporte marítimo estabeleceram que haveria pelo menos uma embarcação, de propriedade da parte apontada para cada mês, percorrendo a rota Japão-Costa Leste da América do Sul para transporte de automóveis. Segundo as requerentes, os custos seriam de responsabilidade do operador do navio e não haveria oferta conjunta do serviço de transporte. Ainda, não haveria alocação pré-determinada de espaço interno em navios garantida à outra parte, sendo a utilização excepcional sujeita a negociações *ad hoc*, observando condições de mercado. Conforme análise da Superintendência-Geral, não existiria, neste caso, qualquer tipo de compartilhamento de riscos e resultados, uma vez que a única decisão conjuntamente tomada seria a frequência mínima de partida/programação de navio de cada requerente, permanecendo as partes com plena liberdade para fazerem partir outras embarcações próprias. Além disso, não haveria troca de informações concorrencialmente sensíveis e não haveria previsão de valor para a realização do acordo, transferência de ativos, aquisição de participações acionárias ou alteração das estruturas societárias⁴².

Ainda, dentre os casos mais interessantes não-conhecidos pelo Cade com base nos critérios estabelecidos na Resolução vigente, estão casos envolvendo associações para compra ou contratação conjunta de serviços e que poderiam, à primeira vista, indicar a existência de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados. Entretanto, como se percebe na análise de um contrato para aquisição e compartilhamento de registros públicos de inadimplência e de registros empresariais mantidos por juntas comerciais, este pode não ser o caso – por exemplo, quando as obrigações estabelecidas forem semelhantes a uma relação de fornecimento, com uma das partes adquirindo o produto e fornecendo à outra parte, de maneira onerosa, com os riscos sendo suportados por cada parte, separadamente, e sem que ocorra ingerência de uma parte sobre a outra, ou mesmo atuação conjunta para oferta de serviços decorrentes dos insumos adquiridos⁴³.

Em um outro caso, envolvendo a ampliação do escopo de atuação do Instituto Jogue Limpo, associação criada para congregar fabricantes e importadoras de óleos lubrificantes que promovem e executam ações voltadas à gestão de resíduos sólidos e implementação de ações de logística reversa, bem como outras ações de proteção ao meio ambiente e desenvolvimento sustentável, a Superintendência-Geral reconheceu que, apesar de as requerentes organizarem os fatores de produção na busca de um objetivo comum, não haveria compartilhamento de riscos e resultados simplesmente pela natureza jurídica do Instituto, de associação sem fins lucrativos. Tal elemento foi destacado pelas próprias partes na notificação, ressaltando que a entidade, por definição, não proporcionará à suas associadas, membros da administração ou funcionários, qualquer participação nos resultados ou vantagem de caráter econômico-financeiro⁴⁴.

Em direção semelhante, o Cade não conheceu operação que consistia na criação de uma associação sem fins lucrativos entre empresas do setor de agronegócio e cujo objeto seria

42 Ato de Concentração nº 08700.001565/2018-66. Requerentes: Mitsui O.S.K. Lines Ltd e Nippon Yusen Kaisha Line. Decisão publicada em: 23 abr. 2018.

43 Ato de Concentração nº 08700.006533/2017-76. Requerentes: Boa Vista Serviços S.A. e Serasa S.A. Decisão publicada em: 30 nov. 2017.

44 Ato de Concentração nº 08700.006989/2017-36. Requerentes: Instituto Jogue Limpo e outros. Decisão publicada em: 23 mar. 2018.



a “implantação de estratégias político-regulatórias e de reputação e imagem, baseadas em dados científicos que suportem o acesso, registro, proteção e integração das plataformas tecnológicas existentes (biológicas, biotecnológicas, de defensivos agrícolas e de germoplasma)”. Além da ausência de empreendimento comum para exploração de atividade econômica, a Superintendência-Geral, a associação seria utilizada apenas para representar institucionalmente as partes, sem a organização de fatores de produção na busca de um objetivo comum, e foram previstas cláusulas relacionadas ao cumprimento expresso da legislação concorrencial, como a vedação de compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis e períodos de quarentena para funcionários ligados às áreas comerciais das empresas, bem como ausência de limite para número de associados, o que mitigaria preocupações advindas de eventual conjunção de esforços entre associados para auferir vantagem diante dos demais agentes do mercado⁴⁵.

Também vale citar uma parceria entre duas empresas para contratação e rateio dos custos do serviço de análise genômica de tumores de pulmão, bem como indicação de possível prestador do serviço. Como apontado pelas próprias requerentes, na notificação, e corroborado pela Superintendência-Geral, tal contrato não envolveria empreendimento comum na medida em que não haveria “nenhum compartilhamento de estrutura, de pessoal ou de instâncias de coordenação ou governança conjunta da parceria”. Além disso, as cláusulas do contrato indicariam que a execução do objeto da parceria teria um “caráter eminentemente individual”, bem como que haveria compartilhamento apenas de custos (que não deveriam ser confundidos com riscos), sem evidências de partilha dos incrementos esperados nas receitas⁴⁶.

Houve também casos em que as partes precisaram demonstrar, extensamente, não serem concorrentes especificamente no mercado relevante afetado pela Operação, como é o caso do Ato de Concentração nº 08700.001710/2021-12, entre Volkswagen e Robert Bosch, envolvendo cooperação para o desenvolvimento conjunto de tecnologias inovadoras de auxílio ao motorista e automação veicular parcial, e 08700.003155/2020-74, entre Colgate-Palmolive e Philips Oral Healthcare, tratando de uma parceria para desenvolvimento, de forma exclusiva e conjunta, de um negócio de escovas dentais e dispositivos interdentais elétricos de marca conjunta no Brasil. Ambos acabaram não-conhecidos, por não se enquadrarem nos critérios da Resolução nº 17/2016. Nestes casos, vale considerar como seria possível fornecer mais segurança e orientações aos administrados sobre como melhor avaliar o requisito de concorrência no mercado objeto do contrato, dispensando assim mais submissões por cautela.

Por fim, a Superintendência-Geral e o Tribunal do Cade discutiram recentemente um contrato de prestação de serviços, produção, venda e de licença de uso de marca e outras avenças, por meio da qual a Upfield licenciou à BRF o uso exclusivo da marca Becel no Brasil, para produção e distribuição de margarinas por conta da Upfield, com prazo de vigência de 12 meses (BRASIL, 2021a). Como se percebe, considerando o prazo de duração do contrato, e assumindo se tratar de um contrato associativo, a notificação ao Cade não seria obrigatória. Inclusive, as próprias Requerentes reconheceram se tratar de uma submissão “por cautela” e indicaram ter estabelecido um prazo de 15 dias, contados da submissão ao Cade, para dar início aos atos consumativos. Entretanto, a Seara,

45 Ato de Concentração nº 08700.002704/2019-50. Requerentes: BASF S.A.; Bayer S.A.; Corteva Agriscience; Syngenta Proteção de Cultivos Ltda.; e FMC Química do Brasil Ltda. Decisão publicada em: 21 jun. 2019.

46 Ato de Concentração nº 08700.004121/2019-63. Requerentes: AstraZeneca do Brasil Ltda., Bayer S.A., Bristol-Myers Squibb Farmacêutica Ltda., Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S.A. e Wyeth Indústria Farmacêutica Ltda. Decisão publicada em: 18 set. 2019.

na condição de terceira interessada, alegou que a operação em questão se aproximaria de uma *joint venture* contratual, por implicar na transferência de *market share* e de poder de mercado, o que afastaria a condição de “mero contrato associativo”, tornando o critério de duração irrelevante para o conhecimento da operação. Ainda, que se a consumação ocorresse antes da análise pelo Cade, estaria configurada a infração de *gun jump* pelas partes.

Após uma longa instrução, que durou aproximadamente 7 meses, a Superintendência-Geral do Cade concluiu que as *joint ventures* contratuais – isto é, sem a criação de uma pessoa jurídica, seriam uma espécie mais efetiva, interdependente, estruturada e cooperativa de contrato associativo. Por este motivo, também estariam sujeitas às normas da Resolução nº 17/2016 para notificação obrigatória. Sendo assim, como o contrato em questão não atingiria o critério temporal, opinou pelo seu não-conhecimento.

A Seara recorreu da referida decisão. Em análise pelo Tribunal do Cade, a maioria dos Conselheiros reconheceu, nos termos do voto do Conselheiro Relator que:

joint ventures, sejam elas contratuais ou societárias, são uma espécie de contratos associativos, de forma que possuem todas as características essenciais à sua configuração (empreendimento comum, compartilhamento de riscos e resultados e empresas concorrentes no mercado, além do requisito da estabilidade e permanência do negócio), mas com modulações diferentes que permitem estabelecer fins específicos para a sua existência, bem como ante a criação de um novo centro de controle da atividade empresarial (BRASIL, 2021a)⁴⁷.

Por essa razão, também as *joint ventures* se submetem aos critérios de notificação estabelecidos na Resolução nº 17/2016. Além disso, foi apontado que as cláusulas indicam a existência da natureza associativa – e não de aquisição de empresa, com a Upfield continuando a realizar a gestão estratégica do negócio e cabendo à BRF apenas atribuições operacionais envolvendo a produção e distribuição do produto.

Por outro lado, uma das conselheiras do Tribunal do Cade entendeu que a legislação concorrencial não trata como sinônimo as expressões “contratos associativo” e “*joint venture*”⁴⁸, sendo que apenas os primeiros se submetem às regras da Resolução nº 17/2016. Ainda, que o contrato em questão seria uma *joint venture*, por envolver, em suma, investimentos financeiros altos, pagamento de *royalties* sucessivos, probabilidade de prorrogação do prazo inicial, obrigações que iriam se estender após o fim do prazo e indicativos de que a BRF enxergava a operação como transferência de *market share*. Sendo assim, votou pela abertura de investigação para investigar a consumação antecipada da operação, além de destacar a possibilidade de esta resultar em altíssima concentração no mercado *premium* de margarinas no Brasil.

Por todo o exposto, seja em relação aos critérios de notificação, seja em relação aos critérios para notificação de contratos associativos, é evidente que há espaço para melhoria na legislação, regulação ou *soft law*, visando a diminuir as dúvidas e o número de casos de notificação não

⁴⁷ Vide Voto do Cons. Mauricio Oscar Bandeira Maia, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.003855/2020-69, Doc. SEI nº 0891897, § 80.

⁴⁸ Vide Voto da Cons. Lenisa Prado, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.003855/2020-69, Doc. SEI nº 0895570, §12.



obrigatória submetidos ao Cade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo demonstra que, não obstante sejam a minoria dos casos analisados pela autoridade antitruste brasileira, ainda há hipóteses de notificação de atos de concentração que inspiram dúvidas nos administrados, contribuindo para uma situação de insegurança jurídica e, conseqüentemente, para a ocorrência de muitas notificações equivocadas ou “por cautela”.

Foram identificadas como principais hipóteses de não conhecimento de atos de concentração pelo Cade (i) o não preenchimento dos critérios de faturamento, que, como exposto ao longo do artigo, costuma ocorrer em razão da não compreensão ou incerteza, pelos administrados, acerca dos vários critérios para a aferição do faturamento dos grupos envolvidos para fins de notificação; e (ii) a ausência de requisitos para a notificação obrigatória de contratos associativos, antes e depois da vigência da Resolução nº 17/2016.

Dito isso, ao menos em relação às hipóteses exploradas mais a fundo neste artigo, verifica-se que algumas medidas relativamente simples poderiam diminuir as dúvidas.

Em primeiro lugar, entende-se necessária e útil a consolidação de alguns entendimentos manifestados pelo Cade em precedentes – seja pela Superintendência-Geral, seja pelo Tribunal do Cade –, e que ainda não foram positivadas ou regulamentadas. É o caso, por exemplo, de entendimentos acerca da consideração do grupo econômico de Estados Nacionais no cálculo do faturamento para fins de notificação, ou da necessidade de que haja grupos econômicos que atinjam o critério de faturamento nos dois polos da operação.

Neste aspecto, a possibilidade de consolidação de decisões do Cade em súmulas, nos termos do art. 64 do Regimento Interno, pode ser útil, já que prevê que decisões definitivas de competência da Superintendência-Geral não reformadas pelo Tribunal do Cade em, pelo menos, 10 precedentes concordantes, podem ser objeto de súmula, uniformizando a jurisprudência do Cade.

De outra forma, tais elementos poderiam ser previstos objetivamente no Regimento Interno ou em resoluções, a exemplo do que ocorreu em relação à definição da taxa de câmbio – que hoje consta no parágrafo único do art. 46 do Regimento Interno. Por sua vez, a Resolução nº 02/2012, que estabelece como devem ser definidos os grupos econômicos para fins do cálculo de faturamento, também poderia ter novos dispositivos realçando que não devem ser considerados os Estados Nacionais e que os faturamentos devem estar preenchidos por dois polos distintos.

Em segundo lugar, também é premente a melhor definição de alguns conceitos relevantes que atualmente são de interpretação aberta, como a concepção de volume de negócios, e algumas noções relevantes para contratos associativos, tais como o de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados.

Uma proposta de ação nesse sentido seria a especificação, por infralegal, de tais entendimentos e conceitos, o que poderia envolver também a análise aprofundada dos casos que foram efetivamente conhecidos, mas nos quais houve necessidade de aprofundamento da discussão, e consulta pública.

Ademais, levando-se em consideração outros exemplos de guias já publicados pelo Cade

e que são essenciais para orientar os administrados e a própria autoridade, entende-se que também seria apropriada a edição de um “guia de conhecimento”, o qual seria baseado em casos já julgados pelo Cade e eventuais consultas pertinentes, com o objetivo de endereçar as principais dúvidas e obscuridades que permeiam o ordenamento concorrencial brasileiro no que diz respeito à obrigatoriedade de notificação de atos de concentração.

Outro possível caminho para a diminuição da submissão de casos de notificação não obrigatória, ainda que possivelmente mais trabalhoso, seria o aperfeiçoamento e a simplificação do instrumento de consulta, hoje previsto na Resolução nº 12/2015 do Cade (BRASIL, 2015d), visando possibilitar uma espécie de “consulta sumária” para tópicos de caráter estritamente relacionado à necessidade de notificação.

Ainda que, na prática, tal instrumento já possa ser utilizado hoje para tratar de “interpretação da legislação ou da regulamentação do Cade atinentes ao controle de atos de concentração”, certo é que o número de requisitos para que a consulta seja conhecida, a chance de que ela eventualmente ser dispensada sem análise de mérito, a necessidade de pagamento de uma taxa elevada e o tempo para análise, normalmente tornam mais prática e eficiente a notificação direta do Ato de Concentração, ainda que ad cautelam. Sendo assim, sugere-se a análise da possibilidade de estabelecer um procedimento mais célere e simples, por exemplo, por meio de alteração à Resolução nº 12/2015.

Conforme já ressaltado ao longo do artigo as medidas propostas visam diminuir a assimetria de informação entre autoridade e administrado e conferir mais segurança jurídica ao processo de análise prévia de atos de concentração pelo Cade. Entende-se que tais medidas teriam impacto positivo não somente nos custos de transação assumidos pelas partes – em termos de insegurança, tempo e pagamento de taxas, mas também nos custos assumidos pela autoridade, evitando a alocação ineficiente de recursos e capital humano.

Por fim, espera-se que o levantamento realizado contribua para mais estudos e o constante aperfeiçoamento do ordenamento concorrencial brasileiro.

REFERÊNCIAS

BINOTTO, Anna. Cooperação e Concentração: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 232-260, maio 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3lItCnA>. Acesso em: 08 maio 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.003855/2020-69**. Requerentes: BRF S.A. e UPFIELD Brasil Holding Ltda. Data de julgamento: 14 abr. 2021a.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.001376/2021-99**. Requerentes: Beauty Holding S.A. e Tiscoski Distribuidora Comercial Ltda. Decisão publicada em: 06 abr. 2021b.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.001007/2021-04**. Requerentes: Raia Drogasil S.A. e B2U Editora S.A. Decisão publicada em: 16 mar. 2021c.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.006040/2020-31**. Requerentes: BTG Pactual Dividendos Infra FIP IE, Vulcan Fundo de Investimento em Participações Multiestratégia, e Tropicália Transmissão de Energia S.A. Decisão publicada em: 17 dez. 2020a.



BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.005815/2020-51**. Requerentes: Cheplapharm Arzneimittel GmbH e F. Hoffmann – La Roche Ltd. Decisão publicada em: 08 dez. 2020b.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.005770/2020-15**. Requerentes: Holdingselskabet af 18. september 2020 ApS e Chr. Hansen Natural Colors Division. Decisão publicada em: 30 nov. 2020c.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.005007/2020-94**. Requerentes: Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda., Climazon Industrial Ltda. e Springer Carrier Ltda. Decisão publicada em: 17 nov. 2020d.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004359/2020-22**. Requerentes: Amil Assistência Médica Internacional S.A. e Zurich Santander Brasil Odonto Ltda. Decisão publicada em: 15 out. 2020e.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.002815/2020-08**. Requerentes: Wirtschaftsstabilisierungsfonds e Deutsche Lufthansa AG. Decisão publicada em: 19 jun. 2020f.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.002560/2020-75**. Requerentes: Janssen-Cilag Farmacêutica Ltda. e Piramal Critical Care Ltd. Decisão publicada em: 19 jun. 2020g.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Atos de Concentração nº 08700.001943/2020-26**. Requerentes: Novartis Biociências S.A. e Divcom S/A. Decisão publicada em: 12 maio 2020h.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000471/2020-94**. Requerentes: Opy Healthcare Gestão de Ativos de Investimentos S.A., Zona Norte Engenharia, Manutenção e Gestão de Serviços S.A. SPE, Magi Clean Administração de Serviços Ltda. e SH Engenharia e Construção Ltda. Decisão publicada em: 26 fev. 2020i.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000180/2020-04**. Requerentes: Fundo de Investimento Multimercado Profit 1552 e Kepler Weber S.A. Decisão publicada em: 12 fev. 2020j.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento Interno do Cade**. Aprovado pela Resolução nº 22 de 19 de junho de 2019 e atualizado pela Emenda Regimental nº 01/2020 de 02 de abril de 2020. Brasil, Diário Oficial da União: 03 set. 2020k.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004835/2019-71**. Requerentes: Johnson & Johnson do Brasil Indústria e Comércio de Produtos para Saúde Ltda. e Celleria Farmacêutica S.A. Decisão publicada em: 29 out. 2019a.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004121/2019-63**. Requerentes: AstraZeneca do Brasil Ltda., Bayer S.A., Bristol-Myers Squibb Farmacêutica Ltda., Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S.A. e Wyeth Indústria Farmacêutica Ltda. Decisão publicada em: 18 set. 2019b.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.002704/2019-50**. Requerentes: BASF S.A.; Bayer S.A.; Corteva Agriscience; Syngenta Proteção de Cultivos Ltda.; e FMC

Química do Brasil Ltda. Decisão publicada em: 21 jun. 2019c.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.002194/2019-11**. Requerentes: Novelis do Brasil Ltda., Latasa Indústria e Comércio Ltda., Latasa Metais Ltda., Aluzinco Indústria e Comércio de Metais Ltda., Latasa MS Reciclagem Ltda., Latasa Garimpeiro Urbano Com. Metais Ltda., Latasa Garimpeiro Urbano Centro Oeste Com. Metais Ltda., Latasa Garimpeiro Urbano Nordeste Com. Metais Ltda., Latasa Garimpeiro Urbano Rio de Janeiro Com. Metais Ltda., Latasa Garimpeiro Urbano Sul Com. Metais Ltda., Latasa Garimpeiro Urbano Manaus Com. Metais Ltda. e Latasa Garimpeiro Urbano Minas Com. Metais Ltda. Decisão publicada em: 17 maio 2019d.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.001572/2019-49**. Requerentes: International Paper do Brasil Ltda. e Bignardi Indústria e Comércio de Papéis e Artefatos Ltda. Decisão publicada em: 17 abr. 2019e.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.007372/2018-19**. Requerentes: Votorantim Cimentos N/NE S.A. e Polimix Concreto Ltda. Decisão publicada em: 03 jan. 2019f.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84**. Requerentes: Tim Celular S.A. e Oi Móvel S.A. Data de Julgamento: 07 nov. 2018a.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Atos de Concentração nº 08700.004084/2018-11**. Requerentes: Votorantim Cimentos S.A. e Supremo Cimentos S.A. Decisão publicada em: 11 jul. 2018b.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.001565/2018-66**. Requerentes: Mitsui O.S.K. Lines Ltd e Nippon Yusen Kaisha Line. Decisão publicada em: 23 abr. 2018c.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.006989/2017-36**. Requerentes: Instituto Jogue Limpo e outros. Decisão publicada em: 23 mar. 2018d.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas**. DEE/Cade, 2017a.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.006533/2017-76**. Requerentes: Boa Vista Serviços S.A. e Serasa S.A. Decisão publicada em: 30 nov. 2017b.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.002529/2017-39**. Requerentes: TAM Linhas Aéreas S.A. e Qatar Airways Q.C.S.C. Decisão publicada em: 05 maio 2017c.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.008484/2016-25**. Requerentes: Medley Farmacêutica Ltda. e Aurobindo Pharma Limited. Decisão publicada em: 17 jan. 2017d.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004282/2016-12**. Requerentes: Monsanto Company e Syngenta Crop Protection AG. Decisão publicada em: 28 jun. 2016a.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.011952/2015-68**. Requerentes: ABB Ltd. e Siemens AG. Advogados: Mariana Tavares de Araujo e outros. Decisão publicada em: 30 dez. 2015b.



BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 17/2016**. Disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e revoga a Resolução Cade nº 10, de 29 de outubro de 2014. Brasil, Diário Oficial da União: 25 out. 2016c.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Atos de Concentração nº 08700.009926/2015-70**. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e Raízen Combustíveis S/A. Decisão publicada em: 30 out. 2015a.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.006240/2015-27**. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. Decisão publicada em: 06 jul. 2015b.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004156/2015-79**. Requerentes: Ferrous Resources Limited e IEP Ferrous Brazil LLC. Decisão publicada em: 14 maio 2015c.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 12/2015**. Disciplina o procedimento de consulta previsto nos §§ 4º e 5º do art. 9º da Lei n. 12.529/2011. Brasil, Diário Oficial da União: 17 mar. 2015d.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.011002/2013-71**. Requerentes: China Construction Bank Corporation e Banco Industrial e Comercial S.A. Decisão publicada em: 10 jan. 2014a.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta Pública nº 01/2014**. 2014b. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social-backup/consultas-publicas/consulta-publica-no-01-2014>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 09/2014**. Brasil, Diário Oficial da União: 07 out. 2014c.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 10/2014**. Disciplina as hipóteses de notificação da celebração de contrato associativo, de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Brasil, Diário Oficial da União: 07 out. 2014d.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000258/2013-53**. Requerentes: Singida Participações Ltda. e Data Solutions Serviços de Informática Ltda. Decisão publicada em: 04 fev. 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.008382/2012-86**. Requerentes: OpenGate Capital Group Europa Sàrl, Tessengerlo Chemie NV, Tessengerlo Chemie International NV e Tefipar SAS. Decisão publicada em: 05 nov. 2012a.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 02/2012**. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e dá outras providências. Brasil, Diário Oficial da União: 31 mai. 2012b.

BRASIL. **Lei nº 12.529/2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro

de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasil, Diário Oficial da União: 01 nov. 2011.

CAIXETA, Deborah Batista. Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 95-132, maio 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3OiO0cQ>. Acesso em: 09 maio 2023.

COMISSÃO DE ESTUDOS DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO ECONÔMICA (CECORE). **Manifestação da CECORE sobre a Consulta Pública nº 01/2014 que trata de modificações à Resolução nº 2 do Cade, que disciplina a notificação de aquisições de participações societárias à autoridade de defesa da concorrência**. São Paulo: CECORE, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3MBulUj>. Acesso em: 09 maio 2023.

FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER LLP. **Comentários às Consultas Públicas nº 01/2014, 02/2014 e 03/2014**: Contribuição de Freshfields Bruckhaus Deringer LLP. 20 mar. 2014. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/participacao-social/consultas-publicas/consulta-publica-01-2014-contrib.pdf>. Acesso em: 09 maio 2023.



7

ASPECTOS REGULATÓRIOS E SEUS EFEITOS NO SETOR DE ÁGUA E ESGOTO DO BRASIL¹

Regulatory aspects and their effects on the water and sanitation sector in Brazil

Fábio Garcia Silva²

Universidade de São Paulo (FEA-RP/USP) – Ribeirão Preto/SP, Brasil

Bruno César Aurichio Ledo³

Universidade de São Paulo (FEA-RP/USP) – Ribeirão Preto/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: Uma empresa de saneamento integra verticalmente as etapas de captação, tratamento e distribuição de água, bem como as etapas de afastamento e tratamento de esgoto. Tamaña concentração levaria potencialmente a alocações ineficientes e desiguais. Neste contexto, o papel da regulação é promover mecanismos de incentivos capazes de induzir alocações eficientes e equitativas. Propõe-se aqui entender quais aspectos regulatórios são os principais responsáveis pelo bom desempenho da indústria de água e esgotamento sanitário. O estudo é relevante para gestores de políticas públicas pois relaciona a eficiência do prestador de serviços ao ambiente institucional onde este está inserido.

Objetivo: Testar quais aspectos regulatórios aumentam a eficiência da prestação de serviços de água e esgoto.

Método: Para alcançar os objetivos propostos utilizou-se o método de análise de fronteira estocástica.

Conclusões: Entre os principais resultados encontrados pode-se citar a maior eficiência de empresas mistas de capital aberto e que o estabelecimento de convênios de cooperação técnica entre agências reguladoras e demais instituições colabora para explicar a eficiência do setor.

Palavras-chave: instituições, regulação, saneamento básico, determinantes de ineficiência.

STRUCTURED ABSTRACT

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braidó, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4648392251476133>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 10/07/2023 **Aceito em:** 20/07/2023 **Publicado em:** 31/07/2023

2 Aluno do programa de doutorado direto da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto - USP. Graduação em Economia. Universidade de São Paulo, FEA-RP, Brasil. Ano de obtenção: 2016. Principal área de interesse é saneamento básico. Bolsista do(a): Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES, Brasil **E-mail:** fgarcia@usp.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6400762337569688>. **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0009-7131-9610>.

3 Professor Doutor da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto - USP. Doutorado em Economia. Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil. Data de obtenção: 2009. Mestrado em Economia. Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil. Ano de obtenção: 2005. Graduação em Economia. Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Ano de obtenção: 2002. Realiza pesquisas na área de microeconomia teórica e aplicada. Principais áreas de interesse são saneamento básico e seguros. **E-mail:** bruno@fearp.usp.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7783656000220969>. **ORCID:** <http://orcid.org/0009-0003-7405-1652>.

Context: A sanitation company vertically integrates the stages of water capture, treatment, and distribution, as well as wastewater collection and treatment. Such concentration potentially leads to inefficient and unequal allocations. In this context, the role of regulation is to promote incentive mechanisms capable of inducing efficient and equitable allocations. This study aims to understand the key regulatory aspects that contribute to the good performance of the water and sanitation industry. The research is relevant for public policy managers as it relates the efficiency of service providers to the institutional environment in which they operate.

Objective: Testing which regulatory aspects enhance the efficiency of water and sanitation service provision.

Method: To achieve the proposed objectives, the method of stochastic frontier analysis was used.

Conclusions: Among the main results found, we can mention the greater efficiency of publicly traded mixed companies and that the establishment of technical cooperation agreements between regulatory agencies and other institutions helps to explain the efficiency of the sector.

Keywords: institutions, regulation, sanitation, inefficiency determinants.

Classificação JEL: D22, L51, L95, O43.

Sumário: 1. Introdução; 2. Revisão de Literatura; 3. Dados e Método 4. Resultados; 5. Considerações Finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo aborda características do ambiente regulatório que visam promover maior eficiência técnica no setor de água e esgoto, com o intuito de reduzir custos e potencialmente resultar em preços mais baixos ou maior qualidade dos serviços. A busca pela eficiência tem implicações diretas no bem-estar social, uma vez que uma agência reguladora que promova a minimização dos custos totais, dadas as metas de universalização e qualidade dos serviços, resultará em aumento de bem-estar para os consumidores. Ao analisar modelos de agência capazes de gerar maior eficiência, busca-se compreender os efeitos positivos que podem ser alcançados no contexto do direito concorrencial, no qual a promoção da concorrência e a eficiência são objetivos primordiais. Nesse sentido, este artigo visa fornecer uma visão abrangente sobre os determinantes da eficiência das agências reguladoras e sua importância para o funcionamento adequado do mercado.

Para compreender a relação entre o antitruste e o setor de saneamento básico, é fundamental examinar a tecnologia atualmente utilizada no setor. A produção de água segue a seguinte cadeia de produção: captação de água bruta, adução de água bruta e tratamento de água. Na etapa da distribuição segue-se a adução de água tratada, o reservatório de água tratada e as redes de distribuição. Por fim, o serviço de esgotamento sanitário se inicia na coleta do esgoto, disposição e tratamento do esgoto.

Quadro 1 – Verticalização

Abastecimento de Água – Sistema Produtor	Captação
	Adução
	Tratamento de Água
Abastecimento de Água – Sistema de Distribuição	Distribuição
	Reservatório de Água
	Redes de Distribuição
Sistema de Esgotamento Sanitário	Coleta de Esgotos
	Disposição Final
	Tratamento de Esgotos

Fonte: Elaboração própria.

Uma característica desse setor é a existência de uma única empresa responsável por todas as etapas, conhecida como “verticalização”. Essa abordagem é impulsionada pelos ganhos de escala associados, o que resulta em maior eficiência operacional e redução de custos. Além disso, a concentração das responsabilidades em uma única empresa torna mais fácil regulamentar o uso de água, recurso comum e escasso.

Embora essa integração não seja inerentemente ineficiente, a regulação se faz necessária devido às possíveis ineficiências e desigualdades associadas a esse regime. Dependendo da forma como as tarifas são estabelecidas, podem ocorrer tanto alocação eficiente com extração total do excedente dos consumidores, quanto subprovisionamento nos serviços, seja na margem intensiva com subutilização decorrente de altos custos, seja na margem extensiva com exclusão de domicílios.

No entanto, é relevante ressaltar que esses ganhos de escala advindos da verticalização são influenciados pela tecnologia atual empregada. Setores que tradicionalmente apresentavam características de monopólio natural, como energia elétrica e telecomunicações, têm diminuído a verticalização devido às mudanças tecnológicas ocorridas⁴. No caso do setor de saneamento, a verticalização é estabelecida no processo licitatório. Contudo, é importante destacar que determinar a verticalização desde a licitação pode garantir tarifas menores, mas desestimula o progresso tecnológico, já que uma empresa única poderia não ter o mesmo ímpeto para inovação. Por outro lado, adotar uma concessão fracionada, permitindo que diferentes empresas assumam etapas específicas do sistema, poderia ser um estímulo para o desenvolvimento de novas tecnologias e avanços no setor, por outro lado levaria a tarifas maiores no curto prazo.

Outro ponto de interseção entre o setor de saneamento e a literatura antitruste é a dinâmica da competição entre os órgãos reguladores. Este tem sido um tópico de crescente interesse em diversos setores, incluindo o bancário. Dessa forma, surgem questões importantes sobre o papel das agências reguladoras infranacionais, as quais são responsáveis pela supervisão e regulação de empresas em nível regional ou local. Dell’Ariccia e Marquez (2006) demonstraram que a competição regulatória no setor bancário pode resultar em uma redução na qualidade regulatória, quando comparada a uma solução centralizada. Essa redução é atribuída às externalidades presentes na regulação, que tornam a solução independente coletivamente ineficiente. Por outro lado, Rosen

⁴ O setor de energia elétrica, por exemplo, está experimentando uma descentralização na etapa de produção de energia com a popularização da energia solar. O mesmo pode ocorrer com o setor de abastecimento de água, por meio da captação da água de chuva nas residências.

(2003) investigou as trocas de reguladores feitas pelos bancos e seus resultados, encontrando apoio à hipótese de que a competição regulatória possui aspectos benéficos. Essas perspectivas destacam a importância de compreender os impactos da competição entre agências reguladoras infranacionais no contexto da eficiência das empresas de água e esgoto no Brasil.

Conforme estabelecido no item II do artigo 9º da lei 11.445 de 2007, o titular dos serviços de saneamento básico, que, no caso, são os municípios, tem a responsabilidade de exercer diretamente a gestão dos serviços ou autorizar a delegação desses serviços, definindo o órgão ou ente responsável pela sua regulação e fiscalização (BRASIL, 2007).

Existe uma conexão entre a potencial criação de uma nova agência reguladora e o conceito de livre entrada de agências (contestabilidade). Assim, as agências precisam definir preços que não levem a lucros econômicos excessivos, uma vez que a livre entrada de novas agências potencialmente atrairia mais concorrência e pressão sobre os preços. De forma similar, quando um município pondera sobre criar sua própria agência reguladora, é fundamental considerar o custo de oportunidade em relação à associação com uma agência já existente, levando em conta a possibilidade de concorrência de preços que possa surgir nessa escolha.

Neste estudo, analisaremos os impactos de diversos aspectos na eficiência da prestação de serviços de água e esgoto. Entre esses aspectos, destacam-se as características das agências reguladoras infranacionais, que serão mensuradas por meio da relação de funcionários concursados, cooperação técnica com outras agências e entidades, transparência, especialização, abrangência e processo de indicação da diretoria da agência.

Dessa forma, o objetivo deste estudo é contribuir para a compreensão do estágio atual de desenvolvimento do ambiente regulatório no país e identificar aspectos e práticas adotados pelas agências reguladoras que promovam ganhos de eficiência no setor de água e esgoto. A seção 2 apresentará a revisão da literatura, seguida pela seção 3 que aborda o ambiente regulatório infranacional. A apresentação dos dados e do método utilizado será detalhada na seção 4. Os resultados estimados serão apresentados na seção 5, seguida pelas considerações finais.

2. REVISÃO DE LITERATURA

Em Scriptori e Toneto Júnior (2012), o desempenho de provedores públicos e privados de serviços de saneamento básico no Brasil foi estudado, levando em consideração seus potenciais incentivos distintos. A abordagem utilizada foi de *cross-section*, utilizando uma amostra de 4.930 municípios brasileiros. O estudo não encontrou evidências de superioridade de um grupo em relação ao outro, embora tenham sido observadas diferenças em indicadores específicos.

No estudo de Galvão Junior e Paganini (2009), foram comparados os aspectos conceituais da prestação de serviços de água e esgoto com outros setores da indústria no Brasil. Um dos principais desafios para a regulação no setor de saneamento básico é a falta de definição clara da titularidade dos serviços em sistemas integrados e regiões metropolitanas.

Embora seja comum no Brasil a prestação de serviços de saneamento básico por empresas estatais, Marques (2010) adverte que a provisão por meio do governo pode não ser a abordagem mais indicada. Marques Neto (2002) argumenta que os interesses das empresas e de seus controladores

nem sempre estão alinhados com o interesse público, além da falta de uma clara divisão de papéis entre regulador e regulado. Essas considerações ressaltam a importância de avaliar alternativas de provisão e regulação no setor de saneamento básico.

Galvão Junior e Paganini (2009) entendem que a atividade de regulação é relevante para a aplicação da lei no setor de saneamento e fundamental para o desenvolvimento do setor. A regulação deve respeitar particularidades locais e regionais e deve ser aplicada tanto para empresas públicas quanto para empresas privadas.

Os resultados encontrados na literatura estão em linha com as afirmações de Laffont (2005) e Estache, Goicoechea e Trujillo (2009) para países em desenvolvimento, isto é, há pouca evidência empírica positiva para os efeitos da regulação e das reformas regulatórias no desempenho de setores regulados.

Barbosa (2012) examinou o impacto da estrutura regulatória em prestadores de serviços públicos de água e esgoto no Brasil. Os resultados não mostraram influência da experiência ou abrangência da agência reguladora, mas revelaram que os modelos de regulação baseados na taxa de retorno e híbridos foram mais eficazes em incentivar o desempenho das prestadoras. Carvalho e Sampaio (2015) compararam a eficiência entre provedores regulados e não regulados no Brasil, identificando uma mudança na fronteira de eficiência para um nível mais alto, mas com diminuição na eficiência pura dos provedores. Além disso, algumas autoridades regulatórias não possuíam normas regulatórias relacionadas à promoção da eficiência alocativa ou produtiva, o que levanta questionamentos sobre a eficácia das ações regulatórias no setor.

Soroush *et al.* (2021) investigaram o impacto da qualidade das instituições regionais no desempenho de provedores de energia elétrica na Itália. O estudo encontrou efeitos positivos do custo de capital, ausência de montanhas e região Norte. Provedores em regiões com melhores indicadores institucionais mostraram melhor desempenho, mas não foram encontrados efeitos significativos em relação à natureza jurídica do provedor.

3. AMBIENTE REGULATÓRIO INFRANACIONAL

A história dos serviços de águas e esgotos no Brasil remonta ao século XIX, quando as empresas privadas desempenharam um papel fundamental nesse setor até o início do século XX. A partir de 1940, entidades públicas, conhecidas como Departamentos Autônomos de Águas e Esgotos (DAAE) e Serviços Autônomos de Águas e Esgotos (SAAE), assumiram a responsabilidade operacional em nível local (BARBOSA, 2012). Foi nessa mesma época que o Código de Águas foi criado, sendo o primeiro instrumento institucional voltado para a regulamentação do uso dos recursos hídricos.

Entre os anos de 1968 e 1970, o Sistema Financeiro de Saneamento foi estabelecido e o Plano Nacional de Saneamento (PLANASA) foi estruturado, sendo implementado em 1971. Essa época marca a criação das Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs) (SCRIPTORE; TONETO JÚNIOR, 2012). Muitos municípios brasileiros que ainda não possuíam serviços de água e esgoto concederam às CESBs o direito de prestação desses serviços. Durante os anos de 1975 e 1982, houve uma notável expansão dos investimentos nesse setor. No entanto, a crise econômica dos anos 80 interrompeu essa expansão.

Segundo Scriptore e Toneto Júnior (2012), o PLANASA priorizou fortemente a expansão de novos sistemas em detrimento do setor operacional, o que resultou em perdas de eficiência. Com o agravamento das condições de financiamento, o PLANASA foi extinto em 1986.

Após a extinção do PLANASA, houve a busca por um novo modelo de financiamento para o setor, o que resultou em discussões sobre o papel do estado na economia. O estado deixou de desempenhar o papel de provedor de serviços e passou a ter um papel regulador. Conforme apontado por Scriptore e Toneto Júnior (2012), essa transição resultou em um vazio institucional no setor de água e esgoto.

Durante a década de 90, houve um foco na melhoria da eficiência das empresas, em vez do aumento da cobertura, o que representou uma mudança em relação à década de 70. A Lei nº 8987 de 1995 autorizou a participação do setor privado na prestação dos serviços de água e esgoto. Nesse período, as agências reguladoras começaram a ser implementadas, embora a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico tenha sido criada apenas em 2000. Algumas agências infranacionais já existiam desde 1997.

Uma agência de regulação do setor de água e esgoto desempenha uma série de tarefas típicas para assegurar o adequado funcionamento e a eficiência do setor. Dentre essas tarefas, destacam-se a revisão tarifária, que envolve a análise e definição das tarifas a serem cobradas dos usuários; o reajuste tarifário, que consiste no ajuste periódico das tarifas com base em critérios estabelecidos; a supervisão de metas de investimento, que implica em monitorar e garantir o cumprimento das metas de investimentos por parte das concessionárias; a arbitragem entre o concedente (poder concedente, geralmente o governo) e a concessionária, em casos de conflitos ou desacordos; vistorias regulares para avaliar a qualidade dos serviços prestados e a conformidade com as regulamentações; e a realização de audiências públicas para promover a participação e o envolvimento dos usuários e demais partes interessadas nas decisões e processos regulatórios.

Identificou-se nesta análise um total de 87 agências reguladoras infranacionais⁵, a lista de agências reguladoras infranacionais foi obtida no site da Agência Nacional de Águas. Dessas, 26 são estaduais, 15 são intermunicipais e 46 são municipais. As agências reguladoras estaduais geralmente foram criadas pelos governos estaduais para regular diversos serviços públicos, como gás encanado, transporte público e saneamento básico. Essas agências acabam por regular as Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs). Conforme destacado por Galvão Junior e Paganini (2009), essa situação cria uma complexidade, uma vez que o regulador e o regulado pertencem ao mesmo ente federado. Nesses casos, pode não haver uma ênfase clara na divisão de atribuições entre o poder concedente, o regulado e o regulador.

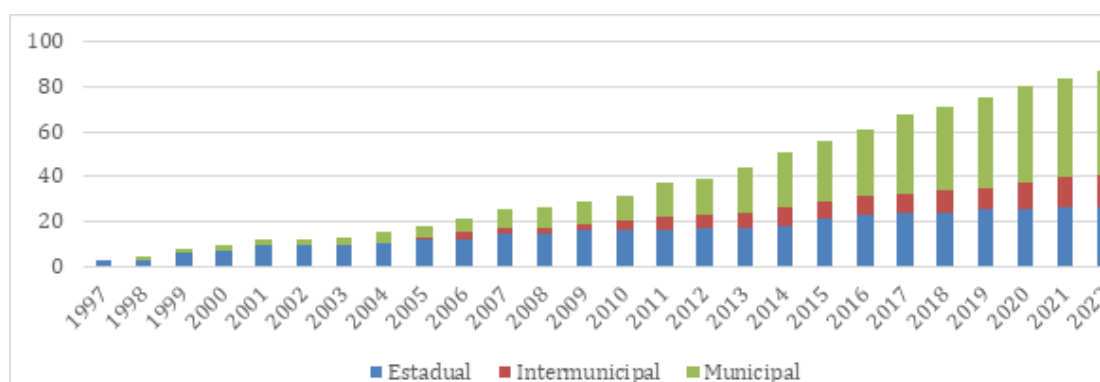
Quanto aos municípios, caso não queiram se associar a uma agência reguladora estadual, eles têm a opção de manter sua própria agência reguladora ou se consorciar com outros municípios, delegando assim a atividade regulatória a uma agência intermunicipal. As agências reguladoras municipais são, em geral, entidades autárquicas com um regime especial, possuindo personalidade jurídica de direito público.

5 No site da ANA <https://www.gov.br/ana/pt-br/assuntos/saneamento-basico/agencias-infranacionais> visitado em 08/07/2023 constam 89 agências reguladoras infranacionais, porém a ARSAN-MG e a EMUSA-RJ não se caracterizam como agências reguladoras do setor de água e esgoto. Cabe ressaltar que esta não é uma lista exaustiva de todas as agências e entidades reguladoras infranacionais, mas daquelas que tem participado das discussões sobre as normas de referência com a ANA.

De acordo com a lei 11.107, a lei dos consórcios públicos, atribui-se o nome intermunicipal quando consórcios públicos são integrados exclusivamente por prefeituras. As agências intermunicipais são constituídas na forma de consórcios públicos compostos por diversos municípios que se associam para colaborar na regulação e gestão de serviços públicos compartilhados. As agências reguladoras intermunicipais têm independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira, e fazem parte da administração indireta de todos os municípios consorciados.

No gráfico a seguir, é possível observar a evolução do número de agências reguladoras por abrangência entre os anos de 1997 e 2022. Nota-se uma tendência de crescimento na quantidade de agências reguladoras infranacionais ao longo dos últimos 25 anos. Um destaque importante é o aumento significativo da quantidade das agências municipais e intermunicipais.

Gráfico 1 - Quantidade de agências reguladoras infranacionais por abrangência por ano



Fonte: Elaboração própria

O crescimento constatado no gráfico não pode ser diretamente interpretado como uma tendência de descentralização da regulação dos serviços públicos. Em vez disso, ele reflete o surgimento de agências reguladoras municipais e intermunicipais em áreas onde anteriormente não havia regulação. Essas agências não estão necessariamente ocupando o espaço das agências reguladoras estaduais, mas sim preenchendo uma lacuna na regulação de serviços locais.

O ambiente em que se desenvolve o setor de saneamento básico é um mosaico em que o município decide a natureza jurídica do prestador de serviço e o regulador. Na tabela a seguir dividiu-se os prestadores de serviços em três categorias, de acordo com sua natureza jurídica e características corporativas: empresas privadas, empresas mistas de capital aberto e empresas públicas. No grupo das empresas mistas de capital aberto, encontram-se as três empresas mistas brasileiras com ações na bolsa de valores: SABESP, COPASA e SANEPAR. Já o grupo das empresas públicas compreende as empresas mistas de administração pública de capital fechado, autarquias, administração pública direta e empresas públicas.

Tabela 1 – Abrangência do Regulador por Natureza Jurídica da Empresa

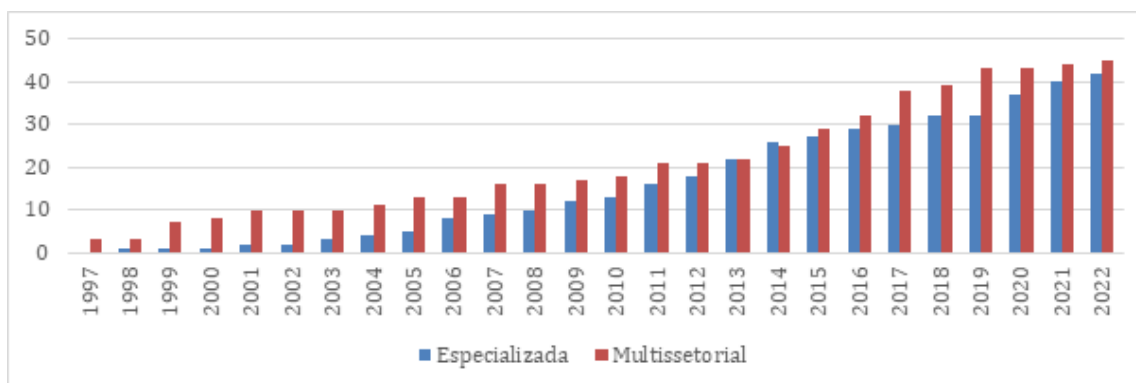
Abrangência do Regulador	Capital Aberto	Privada	Pública
Regulador Ausente	6,61%	1,71%	24,23%
Regulador Estadual	25,33%	1,57%	34,52%
Regulador Intermunicipal	0,09%	0,44%	4,82%
Regulador Municipal	0,00%	0,29%	0,34%

Fonte: Elaboração própria. Snis, 2020.

Na Tabela 1, é possível observar a frequência de cada combinação entre a abrangência do regulador e os tipos de prestador de serviço nos municípios brasileiros. Três grupos se destacam: prestadores públicos sem regulação, prestadores públicos com regulação estadual e empresas mistas de capital aberto com regulação estadual.

De acordo com Laffont (2005), a opção por agências reguladoras multissetoriais pode justificar-se quando a duplicação dos custos para manter diversas agências não compensa os benefícios de uma regulação mais focalizada. No Brasil, existem tanto agências reguladoras infranacionais especializadas no setor de saneamento quanto multissetoriais.

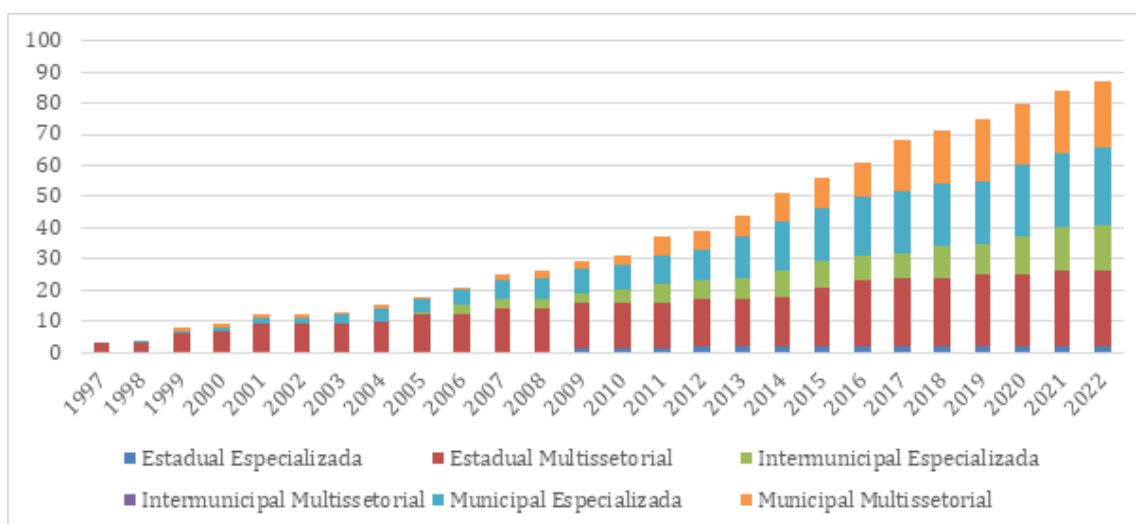
Gráfico 2 - Especialização da agência reguladora em saneamento básico



Fonte: Elaboração própria.

O gráfico 2 mostra que a quantidade de agências reguladoras especializadas no setor de saneamento básico tem se aproximado e, em alguns anos, até ultrapassado a quantidade de agências multissetoriais.

Gráfico 3 - Especialização da agência reguladora em saneamento básico por abrangência



Fonte: Elaboração própria.

Ao comparar a abrangência das agências reguladoras com sua especialização ou multissetorialidade, pode-se observar algumas tendências distintas. As agências estaduais surgiram com uma vocação mais multissetorial, abrangendo diversos setores além do saneamento básico. Por

outro lado, as agências intermunicipais têm uma maior focalização no setor de saneamento básico, uma vez que não há uma agência multissetorial intermunicipal.

Quanto às agências municipais, nota-se uma divisão equilibrada em termos de especialização. No entanto, houve um aumento no percentual de agências municipais que adotam uma abordagem multissetorial. Isso pode ser atribuído aos custos envolvidos na manutenção de uma agência reguladora mais focalizada em um único setor. As agências municipais podem optar por ampliar sua abrangência para abarcar mais setores, a fim de otimizar recursos e oferecer uma regulação mais abrangente aos serviços públicos locais.

A arrecadação das agências reguladoras varia conforme a base de cálculo, valor da alíquota e a natureza jurídica da cobrança. A cobrança se dá, por exemplo, por uma porcentagem sobre o faturamento, ou um valor fixo por ligações, economias ou habitantes. A alíquota sobre o faturamento pode variar de 0,15% até 3,5%. De acordo com a pesquisa ABAR de 2021 a atividade regulatória teve um custo médio de R\$4,49/economia por ano.

Gráfico 4 - Comparativos das agências reguladoras. Arrecadação por economia

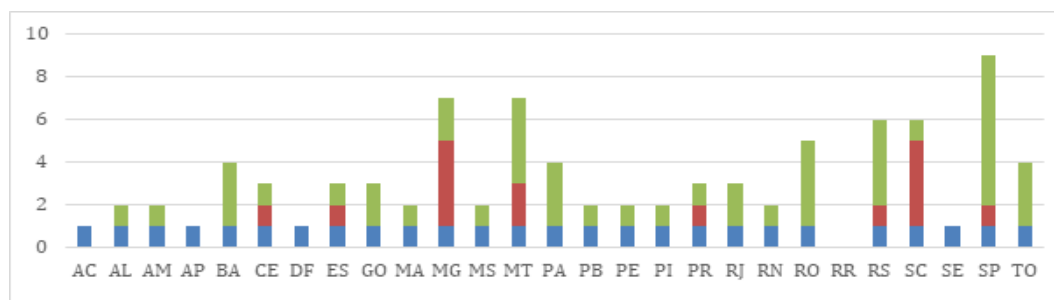


Fonte: Pesquisa ABAR 2021

No entanto a variação entre as maiores e menores cobranças variaram significativamente. Sendo que a maior cobrança foi de R\$36,01/economia por ano e a menor cobrança de apenas R\$0,65/economia por ano.

Ao considerar a titularidade dos serviços de água e esgoto pelos municípios e a transição para um modelo de regulação, observa-se um mercado emergente para agências reguladoras. Em alguns estados, é possível notar a presença de múltiplas agências intermunicipais, além da agência estadual. Essas configurações permitem que os municípios tenham opções ao escolherem suas agências reguladoras. A competição entre essas agências ocorre tanto em termos de preços quanto de qualidade. Um exemplo é o caso de Florianópolis-SC, que atualmente está em discussão sobre a possibilidade de alterar a entidade reguladora, e alguns dos argumentos levantados estão relacionados ao conjunto qualitativo das atividades regulatórias (FLORIANÓPOLIS..., 2023).

Gráfico 5 - Distribuição da abrangência das agências reguladoras por estado



Fonte: Elaboração própria.

No gráfico 5, é possível observar que os estados de Minas Gerais, Mato Grosso e Santa Catarina possuem mais de uma agência intermunicipal, além da agência estadual. Embora as agências intermunicipais tenham sido criadas com base em uma localização geográfica comum de seus consorciados, isso não impede que elas disputem municípios. A expansão da agência infranacional para outros estados está condicionada à inexistência de agências reguladoras nesses estados. Atualmente, Roraima é o único estado sem a presença de uma agência reguladora.

4. DADOS E MÉTODO

4.1 Dados

Os dados utilizados neste estudo foram coletados de várias fontes, incluindo o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Ipeadata, Agência Nacional de Águas (ANA), Agências Reguladoras Infranacionais e Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR). Os dados da ABAR foram obtidos a partir da 10ª edição da Pesquisa ABAR, realizada em 2020, que consolida informações do ano de 2019. Um total de 30 agências reguladoras participaram dessa pesquisa.

No estudo, três características foram utilizadas como proxies de qualidade institucional das agências reguladoras: transparência, cooperação técnica e relação de concursados. Essas características são consideradas persistentes ao longo do tempo, e devido ao período amostral relativamente curto de 5 anos, os dados de 2019 foram utilizados para representar todo o período. Assumiu-se que mudanças institucionais, como aumento na cooperação técnica, teriam efeitos perceptíveis apenas em períodos mais longos.

No Quadro 2 são apresentadas as perguntas formuladas pela pesquisa ABAR, as quais foram utilizadas para elaborar um índice de transparência. As agências reguladoras responderam a sete perguntas relacionadas à realização de sessões públicas, publicação de informações na internet, satisfação dos usuários e existência de conselhos de saneamento nas áreas de atuação. As respostas das agências reguladoras participantes da pesquisa foram classificadas como “sim” ou “não”. Foi atribuído o valor 1 para respostas “sim” e 0 para respostas “não”. A média simples das respostas resultou no índice de transparência.

Quadro 2 – Características Operacionais da Agência e existência de Conselhos

Item:	Resposta
V1 - Realiza sessões públicas?	0=Não,1=Sim
V2 - Decisões são publicadas na internet?	0=Não,1=Sim
V3 - Relatórios de fiscalização na internet?	0=Não,1=Sim
V4 - Há pesquisa de satisfação do usuário	0=Não,1=Sim
V5 - Conselho Estadual ou Municipal de Saneamento	0=Não,1=Sim
V6 - Conselho Externo de gestão da agência	0=Não,1=Sim
V7 - Conselho de usuários dos serviços	0=Não,1=Sim
Transparência = Média (V1, V2, V3, V4, V5, V6, V7)	

Fonte: Elaboração própria.

O índice de cooperação técnica (Quadro 3) foi obtido de forma semelhante ao índice de transparência. O quadro a seguir apresenta o conteúdo das perguntas e as possíveis respostas:

Quadro 3 – Convênios/Cooperação Técnica para Regulação

Item:	Resposta
V8 - Ministério Público - V1	0=Não,1=Sim
V9 - Universidades	0=Não,1=Sim
V10 - Poder Executivo	0=Não,1=Sim
V11 - Associação de usuários	0=Não,1=Sim
V12 - Associação de municípios	0=Não,1=Sim
V13 - Agências reguladoras	0=Não,1=Sim
V14 - Instituições internacionais	0=Não,1=Sim
V15 - Outros	0=Não,1=Sim
V16 - Realiza coordenação com outras agências regularmente?	0=Não,1=Sim
CoopTécnica = Média(V8, V9, V10, V11, V12, V13, V14, V15, V16)	

Fonte: Elaboração própria.

O índice de cooperação técnica (CoopTécnica) foi calculado como a média das respostas para as perguntas V8 a V16. No âmbito da exploração dos aspectos da autonomia das agências reguladoras, foi selecionada a relação de funcionários de nível superior concursados em relação ao total de funcionários de nível superior (Quadro 4). O percentual de concursados (%Concursados) foi calculado como a divisão dos funcionários concursados pelo total de funcionários de nível superior.

Quadro 4 – Situação funcional de pessoal de nível superior

Item:	Resposta
V17 - Concursados	0=Não,1=Sim
V18 - Total	0=Não,1=Sim
%Concursados = Concursados/Total	

Fonte: Elaboração própria.

Com base nos dados da Pesquisa da ABAR de 2020, foram criadas duas variáveis *dummy* relacionadas ao critério de seleção de dirigentes das agências reguladoras. A primeira *dummy*, denominada "IndicExec", assume o valor 1 quando o dirigente é indicado pelo poder executivo e 0

caso contrário. A segunda *dummy*, denominada “IndicExecLeg”, assume o valor 1 quando o dirigente é indicado pelo poder executivo com sabatina pelo poder legislativo, e 0 caso contrário. Essas *dummies* indicam o grau de autonomia da agência reguladora em relação ao chefe do poder executivo ao qual ela está subordinada. Como referência, são considerados outros critérios de seleção, como assembleia de municípios ou eleição de conselho.

No estudo, utilizou-se como insumo o OPEX por ligação, que representa a soma dos custos operacionais relacionados ao pessoal, produtos químicos, terceiros, energia elétrica e outras despesas, para ligações de água e para ligações de esgoto. Essa variável também é considerada como a variável dependente do modelo. Todas as variáveis financeiras foram ajustadas para valores de 2020, utilizando o IPCA como índice de correção. As variáveis relacionadas aos produtos (*output*) foram escolhidas como *proxies* de acesso e qualidade, sendo elas o índice de cobertura de água, o índice de cobertura de esgoto e o índice de perdas (que é considerado como um produto indesejado). Também consideraram a cobertura do serviço Lin (2005) e Singh, Upadhyay e Mittal (2010).

Quadro 5 – Variáveis

Variável	Fonte	Significado
Variável Endógena		
OPEX (R\$)/Ligação	SNIS: FN015/(AG002+ES003)	Custo total por ligação
Produtos		
Cobertura de Água (%)	SNIS: IN023	Índice de atendimento de água
Cobertura de Esgoto (%)	SNIS: ES026/POP_URB	Índice de atendimento de esgoto
Índice de Perdas (%)	SNIS: 1/IN013	Índice de perdas faturamento
Preços de Insumos		
P_1 (R\$)	SNIS:FN010/FN026	Custo por funcionário
P_2 (R\$)	SNIS: FN013/AG028	Custo de energia elétrica
Característica urbana		
Densidade (Ligações/km)	SNIS:AG002/AG005	Ligações por extensão de rede de água
Institucional		
Emp_Privada (DUMMY)	SNIS: Natureza Jurídica	1 = Empresa privada
CapAberto (DUMMY)	SNIS: Natureza Jurídica	1 = Empresa mista de capital aberto
AguaEsgoto (DUMMY)	SNIS: Tipo de serviço	1 = Mesmo prestador água/esgoto
Municipal (DUMMY)	ANA	1= AR abrangência municipal
Estadual (DUMMY)	ANA	1= AR abrangência estadual
Intermunicipal (DUMMY)	ANA	1= AR abrangência intermunicipal
Norte (R\$)	SNIS	1=Norte
Sul (R\$)	SNIS	1=Sul
Centroeste (R\$)	SNIS	1=Centroeste
Nordeste (R\$)	SNIS	1=Nordeste
Aspectos institucionais das Agências Reguladoras		
Específico (DUMMY)	Agências reguladoras	1 = Especificidade da agência reguladora

Transparência	ABAR	Ver quadro 1
CoopTécnica	ABAR	Ver quadro 2
% Concursados	ABAR	Ver quadro 3
IndExec	ABAR	1=Indicação executivo
IndExecLeg	ABAR	1=Indicação executivo/legislativo

Fonte: Elaboração própria.

Incluíram-se variáveis dummy para distinguir a abrangência das agências reguladoras infranacionais, observando se há diferença significativa entre abrangências estadual, municipal ou intermunicipal (LAFFONT, 2005). A abrangência é considerada uma proxy para a capacidade regulatória da agência, e agências com recursos limitados podem enfrentar dificuldades em adquirir mão de obra qualificada, aumentando a assimetria de informações na regulação. Também foi incluída uma variável dummy para identificar a especificidade do setor de água e esgoto das agências reguladoras. As informações sobre especificidade ou atuação multisetorial foram obtidas por meio dos sites de cada agência reguladora e da Pesquisa ABAR, e a lista das agências foi obtida no site da ANA em 2022. Os municípios foram considerados regulados se estavam conveniados a uma agência de regulação na data da consulta.

Para tratar inconsistências nos dados, aplicaram-se filtros, excluindo observações consideradas inconsistentes ou outliers. No entanto, é importante destacar que essas exclusões, assim como a falta de dados, provavelmente não ocorrem de forma aleatória, podendo levar a uma subestimação da eficiência média do setor. A tabela 2 apresenta a estatística descritiva das variáveis utilizadas na estimação.

Tabela 2 – Estatística Descritiva

Variável	N	Média	DP	Min	Max
OPEX por Ligação (R\$)	15.628	510,20	257,01	4,01	1.410,43
OPEX (mil R\$)	15.628	9.496	66.491	18	3.375.832
Ligações de água (Un.)	15.628	11.983,17	65.654,43	134	3.174.341
Cobertura de Esgoto (%)	15.628	36,88	41,91	0,00	100,00
Cobertura de Água (%)	15.628	92,85	15,29	0,00	100,00
P_1 (R\$)	15.628	127.783	69.828,02	7.745,92	337.199,80
P_2 (R\$)	15.628	629,44	246,97	0,38	1.996,82
Densidade (ligações/km)	15.628	78,97	37,52	4,13	358,77
Índice de Perda (R\$)	15.628	27,17	17,63	1,01	100,00
Consumo (l/hab. dia)	15.628	134,02	49,56	3,37	686,54

Determinantes da ineficiência

Variável	N	Média	DP	Min	Max
----------	---	-------	----	-----	-----

Emp_Privada	15.628	0,04	0,20	0	1
CapAberto	15.628	0,32	0,47	0	1
Publica	15.628	0,64	0,48	0	1
AguaEsgoto	15.628	0,43	0,49	0	1
Especifico	15.628	0,27	0,45	0	1
Estadual	15.628	0,61	0,49	0	1
Municipal	15.628	0,01	0,08	0	1
Intermunicipal	15.628	0,05	0,23	0	1
Reg_ausente	15.628	0,32	0,47	0	1
pib_pc (mil R\$)	15.628	15,90	15,36	2,66	425,86
Sudeste	15.628	0,35	0,48	0	1
Sul	15.628	0,22	0,42	0	1
Centroeste	15.628	0,11	0,31	0	1
Nordeste	15.628	0,27	0,44	0	1
Norte	15.628	0,05	0,22	0	1

Outros determinantes da ineficiência - Base ABAR

Statistic	N	Média	DP	Min	Max
Transparência	8.810	0,55	0,30	0,00	1,00
Cooperação Técnica	8.810	0,51	0,17	0,00	1,00
% Concursados	8.810	0,37	0,25	0,00	0,89
Indicação do Executivo	8.810	0,19	0,39	0	1
Ind. do Exec. Sabatina legislativo	8.810	0,48	0,50	0	1
Outros	8.810	0,33	0,47	0	1

Fonte: Elaboração própria.

Após análise dos dados da amostra, destacam-se algumas informações relevantes. O custo operacional médio por ligação é de R\$510,20, indicando o valor médio gasto para fornecer serviços de água e esgoto por ligação atendida. A cobertura de esgoto alcança 36,88%, enquanto a cobertura de água é de 92,85%, evidenciando a diferença entre os serviços prestados. Observa-se que 4% dos municípios são atendidos por empresas privadas, 32% por empresas de capital aberto e a maioria, 64%, por empresas públicas. É importante notar que 32% dos municípios não possuem regulação,

4.2 Método

Battese e Coelli (1995) propõem o método de análise de fronteira estocástica aplicado neste estudo para investigar o setor de água e esgoto. O objetivo é identificar aspectos regulatórios que incentivem a eficiência das empresas nesse setor e compreender o efeito do desenho institucional adotado pelos municípios no desempenho dos prestadores de serviços. A base de dados utilizada abrange o âmbito municipal de 2015 a 2019, tratando o município como Unidade Tomadora de Decisão (DMU) para análise de eficiência nos serviços de água e esgoto.



Neste caso, o modelo SFA é mais adequado para identificar os determinantes da eficiência, permitindo obter resultados robustos e interpretáveis ao recuperar coeficientes de parâmetros (PARMETER; KUMBHAKAR, 2014). As limitações do modelo incluem a pressuposição de independência entre as variáveis, a homogeneidade das condições de produção entre as unidades observadas e as restrições para capturar relações não lineares.

Coelli *et al.* (2005) descrevem que, nos modelos de eficiência, busca-se relacionar insumos e produtos gerados pelas Unidades Tomadoras de Decisão (DMUs), que, neste caso, são os municípios brasileiros. O objetivo desses modelos é identificar os determinantes das ineficiências no setor de água e esgoto, partindo do pressuposto de que as DMUs buscam minimizar os custos. Nesse sentido, a função de custo total pode ser expressa como:

$$CT = f(y, p, z, \beta) \quad (1)$$

Na função de custo total, o custo total da DMU (CT), é uma função dos vetores de produtos (y), preços dos insumos (p), determinantes de ineficiência (z) e dos parâmetros a serem estimados (β). Essa equação busca modelar a relação entre os insumos utilizados, os produtos gerados e os fatores que podem influenciar a ineficiência no setor de água e esgoto. Através da estimação dos parâmetros β , é possível analisar como esses determinantes afetam os custos totais das DMUs. Considere o seguinte modelo estocástico de função de produção:

$$y_i = m(x_i, \beta) + \mu_i + \gamma_i = m(x_i, \beta) + \varepsilon_i \quad (2)$$

Nota-se que sua diferença principal em relação a função de produção padrão é a presença de dois termos de erro distintos no modelo. Os termos y_i e x_i são os vetores de produto e insumos, respectivamente. O termo μ_i captura a ineficiência, que representa o déficit em relação à produção máxima determinada pela função produção $m(x_i, \beta)$. Por outro lado, o termo γ_i captura a influência de fatores externos que estão fora do controle do produtor. Essa estrutura do modelo permite analisar tanto a ineficiência técnica quanto a influência de fatores aleatórios no processo de produção. Para estimar a relação entre ineficiência e possíveis determinantes, diversos modelos foram desenvolvidos. Reifschneider e Stevenson (1991) foram pioneiros ao introduzir variáveis explicativas de ineficiência, que atualmente são referidas na literatura como determinantes da ineficiência ou variáveis z (PARMETER; KUMBHAKAR, 2014). Essas variáveis z podem capturar fatores externos ou características específicas das DMU que afetam sua ineficiência.

De acordo com (SOROUSH *et al.*, 2021) os determinantes de ineficiência podem ser introduzidos em modelo de SFA por meio da média pré-truncada (BATTESE; COELLI, 1995), pela variância pré truncada (REIFSCHNEIDER; STEVENSON, 1991) do termo de ineficiência e pela propriedade de escala (WANG; SCHMIDT, 2002).

No modelo SFA com heterocedasticidade (REIFSCHNEIDER; STEVENSON, 1991) a forma geral da fronteira estocástica de custo é a seguinte:

$$\ln CT_{it} = \ln f(y_{it}, x_{it}, z_{it}, \beta) + \mu_{it} + \gamma_{it} \quad (3)$$

Em que γ_{it} é um termo de erro que segue uma distribuição normal e μ_{it} é o termo de ineficiência. Este termo pode ter diversas distribuições como a exponencial ou a normal- truncada. A especificação do modelo utilizando uma função Translog é a seguinte:

$$\ln(CT_i) = \beta_0 + \beta_1 \ln(Y_i) + \beta_2 \ln(P_i) + \beta_3 \ln(Z_i) + \beta_4 \ln(Y_i)^2 + \beta_5 \ln(P_i)^2 + \beta_6 \ln(Z_i)^2 + \beta_7 \ln(Y_i)\ln(P_i) + \beta_8 \ln(Y_i)\ln(Z_i) + \beta_9 \ln(P_i)\ln(Z_i) + \mu_{it} + \gamma_{it} \quad (4)$$

De acordo com Battese e Coelli (1995) a eficiência técnica, μ_{it} , pode ser especificada da seguinte forma:

$$\mu_{it} = z_{it}\delta + w_{it} \quad (5)$$

Em que a variável aleatória, w_{it} é definida pela distribuição normal-truncada com média zero e variância σ^2 , tal que o ponto de truncagem é $-z_{it}\delta$, ou seja, $w_{it} \geq -z_{it}\delta$. Utiliza-se neste trabalho o método proposto por Battese e Coelli (1995)⁶.

5. RESULTADOS

Na Tabela 3, são apresentados os resultados da estimação da fronteira de custo de acordo com a abordagem de Battese e Coelli (1995). Os modelos 1 e 2 (ECF - *Error Components Frontier*) não consideram o vetor z de determinantes da ineficiência, seguindo o mesmo procedimento adotado por Battese e Coelli (1992). Foram testadas diferentes formas funcionais, como Cobb-Douglas e Translog, e por meio do Teste LR, determinou-se que a forma funcional Translog é a mais adequada para descrever a função custo proposta, corroborando os resultados encontrados em Soroush *et al.* (2021) e Ferro *et al.* (2014). Para a estimação dos modelos 3 e 4, utilizou-se o método de Battese e Coelli (1995), conhecido como EEF (*Efficiency Effects Frontier*), que incorpora os determinantes de ineficiência.

Tabela 3 – Estimação dos Parâmetros

	ECF		EEF	
	Modelo 1 Cobb-Douglas Coef.	Modelo 2 Translog Coef.	Modelo 3 Translog Coef.	Modelo 4 (ABAR) Translog Coef.
Intercepto	1,401***	-9,086***	-16,896***	-12,49***
CobEsgoto	-0,096***	0,024	-0,252***	0,028
CobAgua	-0,029***	-0,338*	-0,899***	-0,183
P_1	0,335***	1,855***	3,234***	2,299***
P_2	0,113***	0,627***	0,566***	-0,001
Densidade	-0,022**	0,832***	1,336***	1,058***
IndicePerda	0,019***	0,38***	0,107	-0,027
1/2*CobEsgoto ²		-0,115***	-0,081***	-0,019***
1/2*CobAgua ²		-0,007	0,016.	0,04***
1/2*P_1 ²		-0,104***	-0,237***	0,046***
1/2*P_2 ²		-0,004***	0,011*	0,013
1/2*Densidade ²		-0,089***	-0,090***	-0,15
1/2*IndicePerda ²		-0,025***	0,007	-0,013*
CobEsgoto*P_1		0,01***	0,033***	-0,015**
CobEsgoto*P_2		-0,001*	-0,025	-0,019
CobEsgoto*Densidade		0	0,000	0,009***

⁶ A estimação também foi realizada utilizando o método de Wang e Schmidt (2002) com a consideração da propriedade de escala. No entanto, não foi possível obter a convergência do modelo. Conforme mencionado por Soroush *et al.* (2021), a escolha do modelo final depende significativamente das características dos dados.

CobEsgoto*IndicePerda		0,002	0,010***	-0,009
CobEsgoto*CobAgua		-0,008*	0,005	0,001
P_1*P_2		-0,049***	-0,0319***	-0,067***
P_1*Densidade		-0,035***	-0,075***	-0,002
P_1*IndicePerda		-0,024***	0,007	0,012.
P_1*CobAgua		0,019	-0,056***	0,001
P_2*Densidade		-0,052***	-0,050***	0,006*
P_2*IndicePerda		-0,013***	-0,013*	0,009*
P_2*CobAgua		0,021**	0,004	0,001
Densidade*IndicePerda		-0,02***	0,006	-0,008
Densidade*CobAgua		0,028*	0,038**	0,019
CobAgua*IndicePerda		0,003	0,000	-0,073***
sigmaSq	0,548***	0,48***	0,112***	0,079***
gamma	0,945***	0,941***	0,285***	0,999***
time	-0,015***			
			Continua na tabela 8	Continua na tabela 8
N	15.628	15.628	15.628	8810
Log likelihood	-680,9	-67,41	-4056,84	-1306,75
Teste LR chi2	11.461	451,6	3241,7	2130,4
Graus de Liberdade	10	31	43	44
Pr(>chisq)	0	0	0	0

Nota: (.)p<0,01; (*)p<0,05; (**)p<0,01; (***)p<0,001

Os modelos 1, 2 e 3 foram estimados utilizando toda a base de dados mencionada na seção 4. No entanto, o modelo 4 utiliza uma subamostra composta apenas pelos municípios atendidos por reguladores que responderam à pesquisa da ABAR no ano de 2020. Isso permite uma análise mais específica e detalhada para esse grupo de municípios em particular.

Nos modelos 1 e 2, os coeficientes dos três produtos e dos dois preços de insumos considerados mostraram algum grau de significância estatística, com exceção da cobertura de esgoto no modelo 2. Em todos os modelos, o coeficiente de cobertura de água foi negativo, indicando que um aumento na cobertura de água está associado a uma maior eficiência e a um menor custo para o município.

No modelo 1, o coeficiente de densidade é negativo e estatisticamente significativo, o que indica que um aumento na densidade populacional está associado a um ganho de eficiência nos serviços de água e esgoto. Isso está de acordo com o que é esperado pela teoria, já que uma maior densidade populacional pode facilitar o acesso aos serviços e permitir uma melhor utilização das infraestruturas existentes.

No entanto, nos modelos 2, 3 e 4, o coeficiente de densidade muda de sinal, tornando-se positivo. Esses resultados podem indicar que a relação entre densidade populacional e eficiência nos serviços de água e esgoto pode ser mais complexa e dependente de outros fatores. Além disso, as interações entre a variável densidade e outras variáveis podem ter um impacto significativo nos resultados. Por exemplo, a presença de termos de interação negativos entre densidade e outras

variáveis sugere que a eficiência pode ser afetada pela combinação de densidade com outros fatores, como a cobertura de água, o índice de perdas, entre outros.

Nos modelos 1 e 2, o coeficiente positivo do índice de perdas indica uma associação entre um aumento nas perdas de água e um menor custo de operação nos serviços de água e esgoto. Isso pode parecer contraditório à primeira vista, uma vez que esperaríamos que um maior controle das perdas resultasse em uma maior eficiência e, portanto, menor custo. No entanto, existem casos em que o investimento para reduzir as perdas de água seja alto e não compense em termos de redução de custos de operação. Outros fatores, como a qualidade da infraestrutura e a eficiência na detecção e reparação de vazamentos, também podem influenciar a relação entre perdas de água e custo de operação.

Na tabela 4, são apresentados os resultados dos determinantes de ineficiência nos modelos 3 e 4. Observa-se que no modelo 3, municípios com a presença de empresas mistas de capital aberto apresentam maior eficiência em comparação com municípios com empresas de capital privado, e ambas são mais eficientes do que empresas públicas, incluindo autarquias, administração pública direta, empresas públicas e empresas mistas com administração pública de capital fechado.

No modelo 4, os resultados indicam que as empresas privadas foram as menos eficientes em comparação com as empresas de outros tipos. Por outro lado, as empresas mistas de capital aberto foram mais eficientes do que as empresas públicas.

Esses resultados sugerem que a natureza da propriedade e a forma de gestão das empresas de água e esgoto podem desempenhar um papel importante na eficiência do setor. Municípios com empresas mistas de capital aberto podem ter uma maior capacidade de captação de recursos e maior incentivo para buscar eficiência, o que resulta em melhores resultados em termos de custo de operação.

Tabela 4 – Determinantes da Ineficiência

	EEF	
	Modelo 3 Translog Coef.	Modelo 4 (ABAR) Translog Coef.
Z_Intercepto	0,012	1,977***
Z_Emp_Privada	-0,125***	0,074*
Z_CapAberto	-0,739***	-0,142***
Z_AguaEsgoto	0,11***	0,247***
Z_PIB_pc	0,057***	0,037***
Z_Específico	-0,197***	
Z_RegMunicipal	0,365***	
Z_RegEstadual	0,099***	
Z_RegIntermunicipal	0,322***	
Z_Transparência		0,038
Z_CoopTécnica		-0,126**
Z_%Concursados		0,098**
Z_IndExec		-0,035
Z_IndExecLeg		0,088***

Z_Norte	0,128***	0,037
Z_Sul	0,272***	0,03***
Z_Centroeste	-0,003***	0,014***
Z_Nordeste	-0,006***	-0,011

Nota: (.) $p < 0,01$; (*) $p < 0,05$; (**) $p < 0,01$; (***) $p < 0,001$

Com relação ao mesmo prestador de serviços para os serviços de água e esgoto, nos modelos 3 e 4 o sinal encontrado foi positivo, o que significa uma menor eficiência. O PIB per capita foi positivo em ambos os modelos, municípios mais ricos tendem a ter menor eficiência. Observamos maior eficiência quando há um regulador específico para o setor de saneamento básico, o que indica que os custos adicionais dessa regulação especializada são compensados pelo aumento da eficiência dos prestadores de serviços.

Os resultados mostram que a presença de regulação tem um impacto negativo na eficiência dos prestadores de serviços. Reguladores com abrangência estadual são os menos prejudiciais em termos de ineficiência, seguidos pelos reguladores de abrangência municipal. Esses achados estão em concordância com estudos anteriores realizados na literatura.

No modelo 4, foram explorados os fatores que contribuem para que a agência reguladora estabeleça os mecanismos necessários para obter ganhos de eficiência. Os resultados mostraram que o coeficiente de Transparência não foi significativo para explicar a ineficiência. Por outro lado, o coeficiente de %Concursados apresentou significância positiva, sugerindo que a presença de funcionários concursados pode não ser o indicativo principal para melhorar o desempenho das agências reguladoras em termos de eficiência. A *dummy IndExec* teve um coeficiente negativo, enquanto a *dummy IndExecLeg* foi significativa com um coeficiente positivo, indicando que critérios alternativos para a indicação do dirigente da agência reguladora podem contribuir mais positivamente para os ganhos de eficiência do que a indicação pelo executivo com sabatina pelo legislativo. Os resultados do modelo 4 indicam que os convênios de cooperação técnica têm um coeficiente significativo e contribuem para o aumento da eficiência das agências reguladoras. Isso sugere que as agências reguladoras podem se beneficiar ao aumentar a colaboração com diversas instituições, como o Ministério Público, universidades, poder executivo, instituições internacionais, outras agências reguladoras e associações. Esses resultados destacam a importância das meso-instituições em transformar as diretrizes estabelecidas pelas macro-instituições em ações concretas, gerando resultados positivos para o desempenho das agências reguladoras.

Com base na teoria da regulação para países em desenvolvimento de Laffont (2005), pode-se inferir que municípios com menor grau de desenvolvimento enfrentam maiores limitações de capacidade de regulação e riscos de captura do regulador. Nesse contexto, os convênios técnicos entre diversas entidades e entre as agências de regulação desempenham um papel importante na padronização de normas e no estabelecimento de uma forma de atuação comum entre as agências reguladoras.

Essa forma de atuação, construída a partir de uma diversidade de perspectivas, acaba se tornando o padrão para as agências com maior número de conexões institucionais. No setor de água e esgoto, essa padronização da atuação das agências pode ser entendida como um ambiente com algum grau de centralização na forma de atuação. Embora o poder de decisão permaneça sendo de cada agência reguladora, os mecanismos que embasam a tomada de decisão são mais parecidos

quanto maior o número de conexões institucionais. Isso ocorre devido à troca de conhecimentos, experiências e melhores práticas entre as agências envolvidas. Em resumo, os convênios técnicos contribuem para aumentar o grau de centralização no ambiente das agências reguladoras infranacionais.

Apenas em 2020, a lei 14.026, que alterou o marco legal do saneamento, estabeleceu a ANA um papel centralizador no setor de saneamento, como a supervisora regulatória do setor, responsável por editar normas de referência que devem ser seguidas pelas agências reguladoras infranacionais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo analisa a indústria de serviços de água e esgoto adotando as premissas da economia institucionalista. De acordo com North (1991), instituições são as “regras do jogo”, mecanismos que moldam as relações humanas e criam os incentivos que podem gerar desenvolvimento econômico.

Os dados utilizados foram do período 2015-2019 para todos os municípios do Brasil com dados disponíveis no SNIS. Utilizou-se o método de análise de fronteira estocástica tal qual elaborado por Battese e Coelli (1995) de forma que foi possível estimar os determinantes da ineficiência do setor de água e esgoto. No que diz respeito aos determinantes de ineficiência, identificou-se que a presença de empresas mistas de capital aberto tende a ser mais eficiente do que empresas de capital privado ou público. Além disso, fatores como o PIB per capita e o tipo de indicação do dirigente da agência reguladora também influenciam a eficiência dos prestadores de serviços.

Em concordância com estudos anteriores, não foi encontrada maior eficiência em municípios com regulação. Especificamente, os reguladores com abrangência estadual apresentam menor contribuição para a ineficiência, seguidos pelos reguladores municipais. Além disso, os reguladores específicos demonstram maior eficiência em comparação aos reguladores multissetoriais.

No entanto, ao utilizar subamostra com dados da Associação Brasileira das Agências Reguladoras - ABAR nota-se que algumas práticas por parte das agências reguladoras aumentam a eficiência das empresas prestadoras de serviços. O estabelecimento de convênios de cooperação técnica entre a agência reguladora e demais instituições como o ministério público, universidades, poder executivo, outras agências reguladoras e associações aumentam a eficiência dos prestadores de serviços.

O resultado encontrado mostra, tal qual previsto pela teoria, que o desenho institucional é um importante determinante da eficiência das prestadoras de serviço. Sendo que é possível afirmar que o estabelecimento de convênios entre as agências reguladoras e demais instituições contribuem para que o arcabouço institucional crie os incentivos necessários capazes de aumentar a eficiência das empresas. Esses convênios proporcionam benefícios tanto para as agências reguladoras quanto para as demais instituições envolvidas, promovendo resultados socialmente desejados.

Por meio desses convênios, as agências reguladoras fortalecem as conexões entre diferentes instituições, gerando incentivos que estimulam a eficiência das prestadoras de serviços. Uma vez que as demais instituições também fazem parte do arcabouço institucional que gera os incentivos nos quais os prestadores de serviços vão agir, podemos inferir que o estabelecimento de convênios de cooperação técnica tem um efeito multiplicador positivo no desenho institucional do setor de água

e esgoto.

Esses resultados estão em consonância com as teorias existentes, que enfatizam a importância do desenho institucional como determinante da eficiência das prestadoras de serviço. Ademais, é importante destacar que algum grau de centralização no ambiente de agências reguladoras também pode contribuir para a eficiência dos prestadores de serviços. A padronização da atuação das agências, que surge a partir dos convênios e da diversidade de perspectivas, cria um ambiente com maior centralização do modo de atuação das agências reguladoras. O modo centralizado de atuação promove eficiência ao estabelecer normas e práticas comuns. Assim, a lei 14.026 de 2020, que atribui à ANA um papel centralizador no setor de saneamento, é positiva para alcançar uma maior padronização das normas de referências infranacionais.

Portanto, o estabelecimento de convênios de cooperação técnica entre as agências reguladoras e outras instituições é um elemento crucial para fortalecer o desenho institucional do setor de água e esgoto, promovendo eficiência e resultados positivos para todas as partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Alexandro. Regulação econômica 2º lugar: Pode a regulação econômica melhorar o desempenho econômico-financeiro e a universalização dos serviços de águas e esgotos no Brasil? *In: VII PRÊMIO SEAE 2012: Advocacia da Concorrência e Regulação Econômica*. Brasília: ESAF, 2012.

BATTESE, George E.; COELLI, Timothy J. A model for technical inefficiency effects in a stochastic frontier production function for panel data. **Empirical Economics**, Viena, Áustria, v. 20, n. 2, p. 325–332, 1995.

BATTESE, George E.; COELLI, Timothy J. Frontier production functions, technical efficiency and panel data: with application to paddy farmers in India. **Journal of Productivity Analysis**, Heidelberg, Holanda, v. 3, n. 1, p. 153–169, 1992.

BRASIL. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico [...]. Brasília: Presidência da República, 2007.

CARVALHO, Anne Emília Costa; SAMPAIO, Luciano Menezes Bezerra. Paths to universalize water and sewage services in Brazil: The role of regulatory authorities in promoting efficient service. **Utilities Policy**, Londres, v. 34, p. 1–10, 2015.

COELLI, Timothy J. *et al.* **An introduction to efficiency and productivity analysis**. 2. ed. Nova Iorque: Springer, 2005.

DELL'ARICCIA, Giovanni; MARQUEZ, Robert. Competition among regulators and credit market integration. **Journal of Financial Economics**, Amsterdam, Holanda, v. 79, n. 2, p. 401–430, 2006.

ESTACHE, Antonio; GOICOECHEA, Ana; TRUJILLO, Lourdes. Utilities reforms and corruption in developing countries. **Utilities policy**, Londres, v. 17, n. 2, p. 191–202, 2009.

FERRO, Gustavo *et al.* Efficiency in Brazil's water and sanitation sector and its relationship with regional provision, property and the independence of operators. **Utilities Policy**, Londres, v. 28, p. 42–51, 2014.

FLORIANÓPOLIS irá mudar agência reguladora que fiscaliza obras de saneamento básico. Florianópolis, 2023. 1 vídeo (4 min.). Publicado pelo canal Globoplay. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/11621977/>. Acesso em: 19 jul. 2023.

GALVÃO JUNIOR Alceu de Castro; PAGANINI, Wanderley da Silva. Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil. **Engenharia Sanitária e Ambiental**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 79–88, 2009.

LAFFONT, Jean-Jacques. **Regulation and Development**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

LIN, Chen. Service quality and prospects for benchmarking: evidence from the Peru water sector. *Utilities Policy*, Londres, v. 13, n. 3, p. 230–239, 2005.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-30, 2002.

MARQUES, Rui Cunha. Regulation of water and wastewater services: An International Comparison. Londres: **IWA publishing**, 2010.

NORTH, Douglass C. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**, Pittsburgh, Pensilvânia, v. 5, n. 1, p. 97–112, 1991.

PARMETER, Christopher F.; KUMBHAKAR, Subal C. **Efficiency analysis: a primer on recent advances**. Delft, Holanda: Now, 2014.

REIFSCHEIDER, David; STEVENSON, Rodney. Systematic departures from the frontier: a framework for the analysis of firm inefficiency. **International Economic Review**, Sussex Ocidental, Inglaterra, v. 32, n. 3, p. 715–723, 1991.

ROSEN, Richard J. Is three a crowd? Competition among regulators in banking. **Journal of Money, Credit and Banking**, Pittsburgh, Pensilvânia, v. 35, n. 6, parte 1, p. 967-998, 2003.

SCRIPTORE, Juliana Souza; TONETO JÚNIOR, Rudinei. A estrutura de provisão dos serviços de saneamento básico no Brasil: uma análise comparativa do desempenho dos provedores públicos e privados. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 46, n. 6, p. 1479–1504, 2012.

SINGH, Mamata R.; UPADHYAY, V.; MITTAL, Atul K. Addressing sustainability in benchmarking framework for Indian urban water utilities. **Journal of Infrastructure Systems**, Reston, Virginia, v. 16, n. 1, p. 81–92, 2010.

SOROUGH, Golnoush et al. Network utilities performance and institutional quality: Evidence from the Italian electricity sector. **Energy Economics**, Amsterdam, Holanda, v. 96, 2021.

WANG, Hung-jen; SCHMIDT, Peter. One-step and two-step estimation of the effects of exogenous variables on technical efficiency levels. **Journal of Productivity Analysis**, Heidelberg, Holanda, v. 18, p. 129–144, 2002.



8

PROCESSO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS: A ACUMULAÇÃO DAS PENALIDADES PREVISTAS NA LEI DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E NA LEI ANTICORRUPÇÃO NA HIPÓTESE DE FRAUDE EM LICITAÇÃO E CONTRATOS PÚBLICOS PRATICADA POR EMPRESAS ASSOCIADAS NA FORMA DE CARTEL.¹

Liability Process of Legal Entities: the accumulation of penalties provided for in the Law of the Brazilian System for the Defense of Competition and in the Anti-Corruption Law in the event of fraud in bidding and public contracts practiced by associated companies in the form of a cartel

Vítor César Silva Xavier²

Controladoria-Geral da União (CGU) – Belo Horizonte/MG, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: o microsistema jurídico de combate a corrupção é o conjunto de normas jurídicas que prevê penalidades para aqueles que se apropriam do Estado, corrompendo agentes públicos, para lograr benefícios próprios. Fazem parte desse microsistema diversas leis, dentre as quais a Lei n. 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) e a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e a Controladoria-Geral da União (CGU) têm competências fixadas nessas leis, as quais se pressupõem válidas, e, conseqüentemente, essas instituições têm o poder-dever de punir os agentes infratores em situações previamente determinadas.

Considerando esse contexto, existe relevante controvérsia sobre a possibilidade de que as empresas que fraudam licitações e contratos associadas em cartel possam ser apenas concomitantemente

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braidó, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4648392251476133>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 30/01/2023 **Aceito em:** 12/06/2023 **Publicado em:** 31/07/2023

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003) e em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2002). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005) e doutor em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (2022). Atualmente é auditor federal na Controladoria-Geral da União (CGU), desempenhando a função de Presidente de Comissão de Processo Administrativo Disciplinar. Foi professor do IBMEC, da Escola de Administração Fazendária (ESAF), da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) e da Faculdade de Direito da UFMG, dentre outras instituições. Autor do livro "Lei de Acesso à Informação: teoria e prática". **E-mail:** vitor.xavier@cgu.gov.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8330872431608261>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-7448-1511>.

pelo Cade e pela CGU. Há autores que alegam que a aplicação conjunta e concomitante dessas sanções configuraria abuso da pretensão punitiva estatal, contrariando em especial os princípios do *non bis in idem*, da proporcionalidade e da razoabilidade. Por outro lado, este artigo defende o dever de se aplicar a dupla punição, na situação em questão, justamente em razão dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Objetivo: avaliar a possibilidade de aplicação conjunta das sanções previstas na Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção em situações de fraude em licitações e contratos públicos praticados por pessoas jurídicas associadas na forma de cartel, considerando as diretrizes estabelecidas pelos princípios do *non bis in idem*, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Método: o artigo foi produzido a partir de pesquisa documental, em especial incidente sobre a Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a Lei Anticorrupção. Além disso, o artigo também se baseou em pesquisa jurisprudencial e bibliográfica, inclusive com a utilização de diversos institutos jurídicos reconhecidos pela doutrina.

Conclusões: o Direito Administrativo Sancionador não possui uma resposta específica e expressa para dosar a multiplicidade de penalidades aplicáveis a uma mesma pessoa jurídica por uma conduta ou um conjunto de condutas infratoras do microsistema jurídico anticorrupção. Dentro da hipótese de fraude em licitação e contratos públicos praticada por pessoas jurídicas associadas na forma de cartel, verificou-se que a aplicação acumulada das sanções previstas na Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção é medida razoável e proporcional, não havendo *bis in idem* haja vista serem condutas autônomas que atingem valores sociais diferentes.

Palavras-chave: Acumulação de Penalidades – Princípio da Proporcionalidade – Princípio da Razoabilidade - Princípio do *non bis in idem* – Concurso de Infrações.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: the legal microsystem for combating corruption is the set of legal norms that provides for penalties for those who appropriate the State, corrupting public agents, to achieve their own benefits. Several laws are part of this microsystem, among which Law n. 12,529/2011 (Brazilian Competition Defense System Law) and Law no. 12,846/2013 (Anti-Corruption Law). The Administrative Council for Economic Defense (CADE) and the Comptroller General of the Union (CGU) have competences established in these laws, which are assumed to be valid, and, consequently, these institutions have the power-duty to punish the offending agents in situations previously determined.

Considering this context, there is a relevant controversy over the possibility that companies that defraud bids and contracts associated with cartels can be punished concurrently by CADE and CGU. There are authors who allege that the joint and concomitant application of these sanctions would constitute an abuse of the state's punitive intention, contravening in particular the principles of *non bis in idem*, proportionality and reasonableness. On the other hand, this article defends the duty to apply double punishment, in the situation in question, precisely because of the principles of proportionality and reasonableness.

Purpose: evaluate the possibility of joint application of the sanctions provided for in the Brazilian System Law for the Defense of Competition and in the Anti-Corruption Law in situations of fraud in



bids and public contracts practiced by legal entities associated in the form of a cartel, considering the guidelines established by the principles of non bis in idem, proportionality and reasonableness.

Method: the article was produced from documentary research, in particular incident on Law n. The article was produced from documentary research, in particular incident on the Law of the Brazilian System of Defense of Competition and the Anti-Corruption Law. In addition, the article was also based on jurisprudential and bibliographical research, including the use of several legal institutes recognized by the doctrine.

Conclusions: Sanctioning Administrative Law does not have a specific and express answer to measure the multiplicity of penalties applicable to the same legal entity for a conduct or a set of infringing conducts of the anti-corruption legal microsystem. Within the hypothesis of fraud in bidding and public contracts practiced by legal entities associated in the form of a cartel, it was verified that the cumulative application of the sanctions provided for in the Law of the Brazilian System of Defense of Competition and in the Anti-Corruption Law is a reasonable and proportional measure, not if there is bis in idem, given that they are autonomous behaviors that affect different social values.

Keywords: Accumulation of Penalties – Principle of Proportionality – Principle of Reasonability – Principle of non bis in idem – Concurrent Infractions.

Classificação JEL: K21; K42

Sumário: 1. Introdução; 2. Enquadramento das Infrações Disciplinares; 3. Da Política Legislativa Brasileira Relativamente à Acumulação de Sanções; 4. Dos Mecanismos de Contenção do Abuso da Pretensão Punitiva do Estado; 5. Da Cumulatividade das Sanções da Lei n. 12.529/2011 e Lei n. 12.846/2013; 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República e a legislação infraconstitucional estabelecem o poder-dever do Estado de punir, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, aqueles que praticam condutas atentatórias aos valores juridicamente protegidos. Nesse sentido, junto com as normas prescritivas da conduta desejada, que contêm as respectivas sanções, o Direito brasileiro prevê diversos mecanismos jurídicos para limitar a ação do Estado e impedir punições injustas.

Com base nesses limites jurídicos, no Direito Administrativo Sancionador, é recorrente a alegação de abuso da pretensão punitiva do Estado em situações de cumulatividade de sanções. Essa discussão sobre a acumulação de sanções, feita na prática em procedimentos administrativos de responsabilização e também no Poder Judiciário, considera basicamente duas situações distintas: a) quando há uma única conduta enquadrável numa pluralidade de sanções, estabelecidas pelo Poder Legislativo em um ou diversos textos legais; ou b) quando existem mais de uma conduta cujas consequências são igualmente estatuídas em uma ou mais de uma lei. Assim, além da possibilidade teórica de uma única ação ofender uma única norma que possui duas ou mais sanções, não raramente uma mesma situação concreta ofende dois ou mais valores jurídicos diferentes ao contrariar dois mandamentos diversos.

Considerando essas duas hipóteses teóricas para acumulação de sanções, num primeiro

momento, no âmbito do processo legislativo e pautando-se em especial nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, deve-se considerar a autonomia do Poder Legislativo para estabelecer as consequências advindas do descumprimento das normas proibitivas, isto é, aquelas penalidades derivadas da conduta juridicamente não desejada. Para além das questões políticas, não há dúvidas que a função legislativa deve ser exercida em conformidade com a Constituição da República, o que implicaria seguir os princípios implícitos do *non bis in idem*, da proporcionalidade e da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário o controle direto e indireto de constitucionalidade sobre as leis aprovadas. Num segundo momento, a análise de conformidade do exercício do poder punitivo estatal deve considerar a aplicação da lei pelas autoridades públicas competentes, em processos de natureza judicial ou administrativa, a quem compete sobretudo interpretar a lei e julgar o caso concreto. O enquadramento legal da conduta ou condutas ao tipo é igualmente essencial para a atribuição das consequências legalmente estabelecidas; nessa atividade, o aplicador do Direito também deve se atentar para a existência de limites constitucionais e legais, tais como os anteriormente citados.

Sendo qual for a situação de acumulação de sanções, Vianna e Souza (2022) manifestam preocupação com a proliferação de penalidades administrativas no microssistema anticorrupção. Dada a falta de estudos quanto aos efeitos dessas sanções no Brasil, os autores defendem que não se pode presumir que a simples imposição de punições cada vez mais rigorosas são capazes de reprimir adequadamente a prática de ilícitos. Indo além, esses autores questionam a constitucionalidade da acumulação de sanções estabelecidas no microssistema anticorrupção, situação que ofenderia os princípios do *non bis in idem*, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Dentro do contexto apresentado, a proposta deste artigo é justamente avaliar a possibilidade de aplicação conjugada especificamente das sanções previstas na Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e na Lei Anticorrupção na situação de fraude em licitações e contratos públicos praticada por pessoas jurídicas associadas na forma de cartel.

Para a solução do problema proposto, será realizada uma análise sistemática das leis supracitadas dentro do contexto normativo vigente, considerado os limites da atividade punitiva do Estado, os cânones da hermenêutica e a ideia de tipificação, apoiando-se ainda nos consagrados conceitos do concurso de infrações que se originaram no Direito Penal, mas que podem ser aplicados de forma suplementar ao Direito Administrativo Sancionador.

2. DO ENQUADRAMENTO DAS INFRAÇÕES DISCIPLINARES

Toda norma jurídica é composta basicamente por duas partes, uma descrição da conduta idealizada ou indesejada, que possui como pano de fundo um valor socialmente relevante, e a correlata consequência atribuída pelo Estado no caso dessa expectativa ser cumprida ou descumprida (KELSEN, 2011). A descrição da conduta se consubstancia num tipo que possui como núcleo um verbo e ainda elementos secundários objetivos e subjetivos, tais como o ânimo do agente, a finalidade da conduta, as circunstâncias de tempo e lugar. A consequência estatuída pelo Direito é chamada de sanção, a qual pode ser de caráter punitivo ou premial.

É um equívoco imaginar que uma norma jurídica corresponda necessariamente a um artigo ou a um inciso ou mesmo a uma lei. De acordo com Kelsen (2011), a norma jurídica é o sentido de um



ato de vontade que ultrapassa qualquer texto e é resultado final de um processo de interpretação do que seria o Direito em um sentido mais amplo, enquanto ordenamento jurídico. Dito de outra forma, a norma jurídica pode até corresponder a interpretação literal extraída isoladamente de um único artigo, alínea ou inciso, mas não raramente o sentido vai além da literalidade e é dado pelo conjunto normativo que é objetivado em diversos textos diferentes, sendo inclusive possível que o tipo esteja em uma lei diversa daquela que contém a sanção.

O enquadramento da conduta praticada efetivamente pelo infrator ao tipo legalmente estatuído é condição essencial para a aplicação da penalidade. Para existir esse enquadramento, é preciso que todos os elementos legalmente estabelecidos no tipo estejam na conduta concreta do agente, sendo que a ausência de qualquer dos elementos do tipo afasta a aplicação da sanção punitiva.

Dito isso, o fato é que existe uma pluralidade de infrações diferentes previstas nos ordenamentos jurídicos, o que coloca como questão central a possibilidade que o Direito preveja múltiplas penalidades para exatamente uma mesma e única conduta e também para as situações em que existe uma pluralidade de condutas infracionais, ligadas ou não a um mesmo objetivo.

Nesses termos, considera-se que, em teoria, uma única conduta do acusado poderia se enquadrar em uma única infração sujeita a uma ou mais penalidades ou essa conduta singular poderia ser teoricamente enquadrada em mais de uma infração prevista na legislação, podendo igualmente atrair diferentes tipos de penalidades, tais como as administrativas, cíveis e criminais. Além disso, em muitos casos concretos, o infrator pratica diversos atos para alcançar seus objetivos ilícitos, os quais também podem se enquadrar em numa pluralidade de condutas tipificadas como infração, ensejando a aplicação de uma multiplicidade de sanções.

Por tudo isso, quanto a aplicabilidade de sanções, saliente-se que tanto faz para a Ciência do Direito se a conduta é uma infração prevista como tal em uma única lei ou duas leis diferentes, o que importa, ao menos num primeiro momento, é se a conduta se enquadra ou não em tipos infracionais. Assim, a aplicação de mais de uma sanção ao infrator decorre do Ordenamento Jurídico e não da interpretação isolada de uma lei; contudo, ressalte-se que a aprovação de leis e a eventual aplicação de uma pluralidade de sanções precisam ser analisadas a partir da legislação específica de cada Estado, considerando a eventual existência de limites aplicáveis ao legislador ou à autoridade pública responsável pela aplicação da lei, o que será feito a seguir neste trabalho.

3. DA POLÍTICA LEGISLATIVA BRASILEIRA RELATIVAMENTE À ACUMULAÇÃO DE SANÇÕES

A análise da política legislativa brasileira relativamente a acumulação de sanções deve partir da Constituição nacional; é certo dizer que não há previsão específica e expressa sobre o assunto. Por isso, a doutrina corrobora majoritariamente o entendimento de que pode o Poder Legislativo atribuir uma multiplicidade de sanções, alternativas e acumulativas, a uma mesma conduta infracional ou a condutas infracionais diversas. Nesse sentido, cite-se que Ferreira (2001, p. 133) reconhece a possibilidade de aplicação de múltiplas penalidades administrativas para uma única conduta praticada pelo administrado em razão de não existir proibição constitucional ou legal. Vitta (2003, p. 119) também reconhece a possibilidade de “ser imposta mais de uma penalidade administrativa ao

infrator ou responsável, quando ocorre descumprimento de um mesmo dever, porém, explicitamente, a norma determina a imposição, concomitante, de diferentes penalidades administrativas”.

A despeito da omissão autorizativa constitucional, destaca-se que a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), a qual possui a finalidade de orientar a interpretação de todo o Direito pátrio e é dirigida inclusive aos legisladores, admitiu expressamente a sobreposição de penalidades sobre um mesmo agente:

Art. 22. [...]

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato (BRASIL, 1942, grifo nosso).

Destaca-se que, conforme previsto expressamente na LINDB, a pluralidade de penalidades aplicadas em conjunto pode ter inclusive a mesma natureza³; ou seja, há autorização da LINDB para que o Poder Legislativo estabeleça a pluralidade de sanções administrativas que for necessária para a repressão das condutas indesejadas.

Confirmando a orientação geral estabelecida na LINDB, verifica-se que o Direito brasileiro é rico em situações em que uma única conduta atrai múltiplas penalidades, sejam elas de mesma natureza ou não, estando em textos jurídicos distintos ou em uma mesma lei. A título de exemplo, cite-se: o Código Penal prevê diversas hipóteses de restrição de liberdade cumulada com o pagamento de multa penal⁴; o Código de Trânsito Nacional prevê acumulação das penas administrativas de multa e suspensão do direito de dirigir⁵; a prática de homicídio atrai, além de sanções criminais, o dever de indenizar a vítima e a família previsto no Código Civil⁶; o artigo 12 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) estabelece expressamente diversas sanções que podem ainda se acumular com outras sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica; o

3 Além disso, a natureza da sanção não pode ser motivo para dúvida quanto à possibilidade de acumulação de sanções. A diferença básica entre as sanções penais e administrativas é a autoridade que a impõe. Em sua essência, as sanções possuem as mesmas finalidades, a diferença é que a administrativa é fixada pela Autoridade Pública no exercício da função administrativa e, assim, dentro de um processo administrativo, conforme entende Mello (2019, p. 898): “reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la”. A igualdade de natureza das sanções a serem acumuladas sobre uma única conduta ou mesmo sobre condutas diferentes não determina por si só o grau de reprimenda que a infração exige do Poder Legislativo e, por isso, é possível se acumular sanções de mesma natureza para se punir mais duramente as ofensas mais graves aos valores sociais, mas igualmente se pode acumular sanções de natureza diversa para combater as condutas indesejadas, se assim entender o Poder Legislativo. Na verdade, a aplicação de sanções de natureza diversa é tão somente um desdobramento da independência inquestionável das instâncias penal, administrativa e civil.

4 Calúnia

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa (BRASIL, 1940).

5 Art. 174. Promover, na via, competição, eventos organizados, exibição e demonstração de perícia em manobra de veículo, ou deles participar, como condutor, sem permissão da autoridade de trânsito com circunscrição sobre a via:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes), suspensão do direito de dirigir e apreensão do veículo; [...]

Art. 306 Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (BRASIL, 1997).

6 Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima (BRASIL, 2002).



artigo 87, §2º, da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), permite expressamente a imposição conjunta de multa com a advertência, a suspensão temporária ou a declaração de inidoneidade, tal como a Nova Lei de Licitações.

Especificamente sobre a questão levantada neste trabalho acadêmico, tem-se que a Lei n. 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) estabelece em seu artigo 36 uma pluralidade de sanções que expressamente podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente entre si, independentemente de culpa e em conformidade com a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, mesmo nas situações em que houve apenas uma única conduta punível: multa; publicação extraordinária da decisão condenatória, às expensas do infrator; proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação; inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica. Por seu turno, a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) igualmente prevê, em seu artigo 6º, o pagamento de multa cumulado com a publicação extraordinária da decisão condenatória, às expensas do infrator, na hipótese de cometimento das infrações previstas no seu artigo 5º. Além disso, em seu artigo 30, a Lei Anticorrupção prevê expressamente a acumulação de suas sanções administrativas com a Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e com a Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações, em processo de substituição pela nova Lei de Licitações – n. 14.133/21)⁷ e, em seu artigo 19, estabelece a possibilidade de acumulação das sanções de multa e publicação extraordinária com outras sanções, de natureza judicial, as quais somente podem ser impostas pelo Poder Judiciário. Então, ao menos isoladamente, não há dúvidas quanto a pluralidade de sanções, inclusive administrativas, que decorrem da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e da Lei Anticorrupção.

Assim, os exemplos de acumulação de sanções para uma ou mais condutas previstas em uma mesma lei ou em leis diferentes são incontáveis no Direito brasileiro e, considerando que a norma é o sentido de um ato de vontade, o local textual de onde se origina a sanção é um mero detalhe. Confirmada a possibilidade de aplicação de uma pluralidade de sanções para uma única conduta infracional, não deve haver dúvidas de que o Direito Administrativo Sancionador pode também prever mais de uma penalidade quando há a prática de duas ou mais condutas indesejadas. E definitivamente a acumulação de penalidades não depende da natureza da sanção, que por si só pouco diz sobre a maior ou a menor necessidade de repreensão da conduta que depende também do tipo da sanção (aspecto qualitativo).

4. DOS MECANISMOS DE CONTENÇÃO DO ABUSO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO

Os princípios do *ne bis in idem*, da proporcionalidade e da razoabilidade integram a Constituição da República Federativa do Brasil de forma implícita, são pressupostos lógicos

⁷ A Controladoria-Geral da União (CGU) entende que é possível a acumulação de penalidades administrativas previstas na Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93) com a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), mesmo estando as sanções em textos diferentes, conforme consta de seu Manual de Responsabilização de Entes Privados (BRASIL, 2022, p. 68): “A responsabilização administrativa de entes privados tem respaldo de múltiplas fontes normativas. [...] As penalidades previstas nos diplomas podem ser cominadas aos infratores de modo isolado ou cumulado, dependendo da subsunção do caso concreto num ou em mais de um dispositivo legal, o que evidencia a necessidade de diálogo das normas para harmonia do sistema”.

estabelecidos a partir de outras regras constitucionais vigentes e respaldados nos cânones da ciência do Direito e na hermenêutica jurídica.

Em relação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não há dúvidas que possuem um alcance imenso tanto como orientação para a atividade legislativa como para a aplicação da norma jurídica. Especificamente no que se refere a fixação legal das penalidades, esses princípios não vedam que o Poder Legislativo estabeleça a aplicação de uma pluralidade de sanções. Contudo, o Poder Legislativo deve considerar a necessidade da ação dissuasória e pedagógica do Estado no combate a ofensa aos valores sociais, prevendo penalidades razoáveis e proporcionais para se atingir a finalidade do *ius puniendi* estatal. Assim, condutas mais graves devem ser punidas mais duramente e isso pode exigir a aplicação de diferentes tipos de sanção. Há certas condutas extremamente ofensivas aos valores sociais que exigirão penalidades cumulativas para sua repreensão, por outro lado, há situações em que a pluralidade de sanções visa conferir a autoridade pública alternativas sancionatórias para combater com efetividade a infração perpetrada, de modo que se possa selecionar as consequências mais adequadas ao tratamento do caso, sejam as penas mais brandas ou as mais duras.

Já no momento da aplicação do Direito, com base nesses princípios, é preciso citar que aquele que comete duas ou mais infrações não poderia, por razoabilidade e proporcionalidade, ser punido igual àquele que praticou uma única dessas mesmas infrações. Para justificar a pluralidade de punições nessas situações de concurso de infrações, Zanobini (1924, p. 156) defende que “se a pessoa tinha um duplo dever de não cometer o fato, cometendo-o, viola duas diversas obrigações e deve suportar as consequências da dupla transgressão”. Ademais, também no momento de aplicação das penalidades e por razoabilidade, com base no § 3º do artigo 22 da LINDB, é preciso reconhecer a possibilidade de detração das penas, de modo que pode ser feito abatimento da aplicação de uma pena imposta por uma determinada autoridade pública na penalidade fixada por outra autoridade de exatamente mesma natureza e com base na mesma conduta e base legal, situação diversa daquela retro mencionada em que existem dois deveres distintos⁸.

Já o princípio *ne bis in idem* é um mecanismo específico de contenção do abuso da pretensão punitiva do Estado, desdobramento do princípio da legalidade e da correlata exigência de tipicidade prévia à punição. Ao contrário dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que limitam a ampla discricionariedade do legislador e do aplicador do Direito, o princípio *ne bis in idem* é uma diretriz voltada restritiva e primordialmente àqueles que aplicam o Direito. Nesse sentido, no âmbito administrativo, Mello (2007, p. 210-211) entende que o princípio do *non bis in idem* é uma orientação dirigida para a autoridade pública que processa e pune seus agentes. Esse princípio proíbe o duplo enquadramento no mesmo tipo a atrair a dupla punição de um agente pela prática de um único ato, afastando a possibilidade de que o enquadramento seja feito duas vezes em um mesmo tipo penal, administrativo ou civil. Nakayoshi e Bandeira de Mello (2022) concluem, após vasta revisão bibliográfica, que haveria *bis in idem* quando duas ou mais punições possuem a tríplice identidade de sujeito infrator, fatos e fundamentos. Assim, de acordo com esse princípio, a sanção ou o conjunto de sanções previstas numa norma descumprida somente pode incidir uma única vez para cada conduta delituosa efetivamente praticada.

8 O Tribunal de Contas da União já reconheceu em seus julgados, conforme consta no Acórdão 977/2023 – Plenário, a possibilidade de detração: “que fosse considerada a detração do tempo da penalidade aplicada pela CGU, pois, nos dois casos citados, as sanções desta e do TCU seriam de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”, que seria a existência de “fraudes em licitações para obras de implantação da Refinaria do Nordeste (Rnest)” (BRASIL, 2023).



Conseqüentemente, a duplicidade de punição que o princípio *ne bis in idem* evita é aquele em que uma ou mais autoridades de julgamento aplicam a uma mesma conduta exatamente a mesma norma (em termos de tipificação e sanção) duas ou mais vezes⁹. Outro desdobramento do princípio em comento é a não possibilidade de nova punição por norma posterior que revogou norma anterior que justificou uma primeira punição, seja a segunda mais grave ou não. Além disso, a regra do *ne bis in idem* proíbe que uma mesma circunstância fática seja utilizada duas vezes em condições diferentes para penalizar o agente como agravante dentro do mesmo tipo infracional; em tipos distintos, essa regra fundamenta a absorção da infração menos grave contida na mais grave, uma vez que a primeira integra a segunda.

Ou seja, somente haverá *bis in idem* quando existir identidade de conduta, agente e fundamento jurídico, aqui entendido como norma proibitiva (tipo e sanção). Dito em termos mais simples, a duplicidade de punição que o princípio *ne bis in idem* evita é aquele em que uma ou mais autoridades de julgamento aplicam a uma mesma conduta exatamente a mesma norma (em termos de tipificação e sanção) duas ou mais vezes. Se o fundamento jurídico para a punição (tipo infracional e sanção) da conduta é outro ou se existe mais de uma conduta enquadrável em dois ou mais tipos diferentes, não há *bis in idem* e sim concurso de infrações: houve realmente mais de uma infração e é natural que a legislação estabeleça punição mais dura para aquele que descumpra mais de um dever.

5. DACUMULATIVIDADE DAS SANÇÕES DA LEI N. 12.529/2011 E LEI N. 12.846/2013

A Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência dispõe que compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) 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, sem mencionar expressamente qualquer atribuição relativa especificamente a práticas de corrupção (BRASIL, 2011).

Dentro dessa pluralidade de temas, a Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência prevê diversas infrações, dentre as quais se destaca a infração à ordem econômica de “ajustar com concorrente, sob qualquer forma: [...] preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública”:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante. [...]

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem

⁹ Além disso, o princípio *ne bis in idem* proíbe que uma mesma circunstância fática seja utilizada duas vezes em condições diferentes para penalizar o agente como agravante dentro do mesmo tipo infracional.

hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam **infração da ordem econômica:**

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; [...]
(BRASIL, 2011, grifo nosso).

Então, com base na Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, é preciso reconhecer duas situações fáticas distintas indesejadas que devem ser consideradas como formação de cartel¹⁰: a) agentes econômicos em tese concorrentes que passam a combinar previamente a atuação conjunta em licitações para controlar preço e outras condições de contratação (inciso I, alínea “d” do §3º do artigo 36); b) agentes econômicos em tese concorrentes que passam a combinar previamente a atuação conjunta em outras situações de mercado que não sejam afetas a procedimentos de licitação (demais hipóteses do §3º do artigo 36). Na primeira hipótese, o enquadramento na Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é feito especificamente no inciso I, alínea “d”, do § 3º do artigo 36, enquanto a segunda hipótese se enquadraria na previsão mais genérica das alíneas a, b e c no inciso I do § 3º do mesmo artigo (BRASIL, 2011). Será, conseqüentemente, competência do Cade avaliar a formação de cartel, inclusive quando procedimentos licitatórios ou contratos públicos são afetados.

Por outro lado, a Lei Anticorrupção trata especificamente do combate à corrupção e conferiu à CGU competência concorrente com outras autoridades públicas para instauração de procedimentos de responsabilização de pessoas jurídicas, nos termos do § 2º do art. 8º. Essa lei prevê diversas práticas como corrupção, das quais se destaca a fraude em licitação pública ou do contrato dela decorrente:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: [...]

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro

¹⁰ De acordo com a Cartilha do Cade de 2016, “cartel é qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível” (BRASIL, 2016, p. 14).



expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; [...] (BRASIL, 2013, grifo nosso).

O artigo 5º da Lei Anticorrupção, ao tipificar os atos lesivos à Administração Pública brasileira, destaca, nas alíneas “a” e “d” do seu inciso IV, a fraude praticada no âmbito das licitações e dos contratos públicos. Num primeiro momento, o intérprete poderia imaginar que essas regras estão em conflito entre si. A solução da antinomia aparente é simples em razão da regra hermenêutica da especialidade. A alínea “a” trata das fraudes em licitação mediante ajuste de vontades e a alínea “d” trataria das demais fraudes em licitação e contratos públicos, as quais não exigem ajuste prévio ou combinação. Assim, a alínea “a” do inciso IV do artigo 5º da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) diz respeito especificamente a qualquer ajuste para fraudar licitações¹¹ (BRASIL, 2013).

Dito isso, restaria uma outra aparente contradição a ser discutida. A alínea “a” do inciso IV do artigo 5º da Lei Anticorrupção e a alínea “d” do inciso I do §3º do artigo 36 da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, já que ambas as regras também versariam sobre fraude em licitação pública mediante ajuste. Uma leitura pautada meramente na literalidade dos textos legais levaria ao equivocado entendimento que uma pessoa jurídica que ajusta com o concorrente o preço de uma licitação não poderia ser punida de forma cumulativa pela Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e Lei Anticorrupção em função principalmente do princípio do *non bis in idem*, de modo que incidiria no caso concreto apenas uma dessas leis.

Contudo, se presume a validade das leis não revogadas expressamente; assim, a primeira hipótese a se considerar é que não existe contradição real entre as normas, mas apenas uma necessidade de delimitação da abrangência normativa a ser resolvida por uma interpretação adequada, de modo que se deve considerar a compatibilidade das regras em discussão. Além do mais, a partir de uma interpretação finalística do Direito, a atuação dos órgãos de controle interno e externo não pode ser considerada antagonica, mas complementar na medida em que suas atividades buscam alcançar finalidades no mínimo conexas. Por isso e considerando uma interpretação sistemática do Direito, durante a atividade de fixar sentido (reconhecer a norma jurídica), deve-se buscar a conciliação das competências do Cade e da CGU na atividade de controle.

Não há dúvidas de que o escopo de atuação do Cade é diferente que o da CGU e isso está pautado na literalidade normativa, sendo certo de que a lei não traz palavras inúteis; o Cade busca basicamente a proteção da ordem econômica enquanto a CGU é a autoridade de combate à corrupção e de melhoria da gestão no nível federal. Assim, a competência para prevenir e reprimir infrações à ordem econômica, inclusive cartéis, é do Cade que, nos termos da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, deve impor sanções administrativas às condutas anticompetitivas descritas no artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência, dentre as quais a formação de cartel. Essas são competências distintas das da CGU, assim explicitamente reconhecidas no art. 29 da Lei Anticorrupção, norma que reforça a tese de que as sanções poderiam em tese ser acumuladas:

¹¹ O ajuste poderia ser entre uma única empresa concorrente e os funcionários do Estado, o que não configura cartel.

Art. 29. O disposto nesta Lei não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica (BRASIL, 2013).

O próprio Cade reconhece que tem competência para punir a formação de cartel, mas não é de sua competência avaliar qualquer prática de corrupção:

Importa ressaltar que a relação entre as esferas se trata de ação coordenada, pois **o combate à corrupção**, ainda que a prática esteja intimamente ligada a um ilícito de cartel, **não é competência do Cade** (BRASIL, 2019, p. 57, grifo nosso).

Isto posto, não há dúvidas de que a Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência incumbiu o Cade de aplicar sanções administrativas aos membros de cartéis, inclusive quando um cartel age para fraudar licitação ou contratos públicos. Por outro lado, é de se ressaltar que nem toda prática de corrupção irá atrair a competência do Cade, mas apenas aquelas vinculadas à manutenção da ordem econômica.

Já a CGU é a principal agência anticorrupção do Brasil. A Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) conferiu a esse órgão de controle competência para instauração ou avocação de procedimentos de responsabilização de pessoas jurídicas, no âmbito do Poder Executivo federal, conforme § 2º do art. 8º (BRASIL, 2013). Essa competência abarca as infrações do retro mencionado artigo 5º da Lei Anticorrupção, inclusive quaisquer fraudes a licitação ou contratos públicos envolvendo o Poder Executivo federal.

A fraude em uma licitação pode ocorrer de diversas maneiras diferentes; existem formas de se fraudar licitações e contratações públicas que não envolvem acordo entre concorrentes: superfaturamento, falta de ampla divulgação do certame, dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação, direcionamento a uma empresa no momento da elaboração do edital, apresentação de documentos falsos, desnecessidade de contratação etc. Então, a fraude à licitação e contratação pública pode ou não envolver ajuste prévio; e mesmo quando há ajuste com o intuito fraudatório não necessariamente ele é feito entre as empresas licitantes ou contratantes. O acordo de vontades para fraudar a licitação pode, por exemplo, ser feito por um dos licitantes com servidor do órgão contratante ou mesmo dos órgãos públicos supervisores ou de controle.

Independentemente da modalidade de fraude à licitação, o ato fraudulento cometido em um procedimento licitatório lesa o patrimônio público e a lisura da escolha do fornecedor de bens e serviços, valores jurídicos protegidos pela CGU. A formação de cartel, por seu turno, ofende a economia de mercado, em especial a livre concorrência entre os agentes privados, atraindo a atuação do Cade. Formar um cartel e fraudar uma licitação ou contratação pública são condutas diversas, ainda que possam estar presentes no mesmo caso concreto, e ofendem valores sociais diferentes, possuindo tipificação penal e administrativas também diversas. Nesse sentido, o Cade registrou entendimento em seu Guia de Combate a Cartéis em Licitação de que a formação de cartel e a fraude seriam realmente duas infrações diferentes:

é preciso entender que ainda que interconectadas as **práticas de corrupção**



e colusão são ilícitos autônomos, *i.e.*, uma não é condição para a existência da outra, podendo, nesse sentido, existir de maneira completamente independente.

Consequentemente, cartéis em licitações e atos de corrupção são infrações de natureza diversa e recebem tratamento próprio no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, é muito importante reconhecer corretamente as condutas que caracterizam um e outro e os efeitos daí decorrentes, como a espécie de sanção aplicável a cada caso, os órgãos competentes para investigar e aplicar punições, e etc. (BRASIL, 2019, p. 56, grifo nosso).

Dito isso, tem-se que: 1) Nem sempre haverá cartel em situação de fraude à licitação ou contratação pública; 2) Há situações de cartel em que não há fraude à procedimento de licitação ou contratação pública; 3) o Cade somente pune em razão do ato de formação de cartel, haja ou não procedimento de licitação ou contratação pública; 4) enquanto a CGU pune em decorrência da existência da fraude, haja ou não a formação de cartel; 5) para se cometer a infração de cartel não é necessário fraudar licitação e vice-versa, então, não se aplica o princípio da absorção de uma penalidade pela outra; 6) a alínea “d” do inciso I artigo 36 da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência versa sobre um ajuste específico atentatório à ordem econômica, a formação de cartel em situação de fraude em licitação pública, não havendo contradição com as normas da Lei Anticorrupção que pune exclusivamente fraudes, independentemente da existência de cartel, como por exemplo o ajuste entre funcionários públicos e uma única empresa e o superfaturamento na execução do contrato.

Dessa forma, observa-se que, apesar da fraude em licitação e formação de cartel possuírem certa congruência prática, as infrações permanecem sendo situações que não se confundem e, em cada caso, haverá uma norma aplicável e um órgão competente para investigação e responsabilização. Consequentemente, um mesmo caso concreto pode conter ações que se enquadrem como infrações contra a ordem econômica, como a formação de cartel, cuja competência para apuração administrativa é exclusiva do Cade, e outras condutas lesivas ao patrimônio público que caracterizam ato de corrupção, como a fraude a licitações e contratos públicos, mediante ajuste ou não, cuja competência para apuração administrativa é das unidades de correição do Poder Executivo federal ou concorrentemente da própria CGU.

Esse entendimento sepulta qualquer incoerência aparente entre a Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a Lei Anticorrupção. Ademais, sendo certo de que a fraude e a formação do cartel são condutas ilícitas diversas e autônomas, previstas em tipos legais diferentes em que um não pressupõe a prática do outro, não há que se alegar situação de *bis in idem*. Também por causa dessa autonomia dos tipos ilícitos em comento, não é possível a detração das penalidades aplicadas pela CGU e pelo Cade, ainda que se trate de sanções de mesma natureza, seja de multa ou impedimento de licitar.

Sob a ótica dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ainda resta pendente a discussão sobre a possibilidade de acumulação entre as infrações previstas na alínea “d” do inciso IV do artigo 5º da Lei Anticorrupção e a alínea “d” do inciso I do §3º do artigo 36 da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, respectivamente, “fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente” (BRASIL, 2013) e “acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob

qualquer forma: [...] preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública” (BRASIL, 2011). Isso porque, embora esteja pacificada a existência de competências da CGU e do Cade para atuar numa mesma situação concreta de fraude à licitação mediante atuação de cartel com base em tipos infracionais autônomos, a acumulação de sanções poderia ser desproporcional ou desarrazoada.

Considerando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não pode haver dúvida de que a prática das duas condutas ilícitas autônomas em discussão é uma ofensa ainda maior à sociedade do que cada prática isoladamente de uma delas, causando danos mais profundos aos valores sociais tutelados pelo Direito¹². Ora, a formação prévia de um cartel confere muito mais potencial lesivo à sociedade para fraudar licitações e, conseqüentemente, lesar o patrimônio público do que uma fraude envolvendo uma única empresa em conluio com um único funcionário público; além do que o cartel pode se manter para a prática de outras infrações, inclusive diversas da fraude de licitações e contratos públicos.

No Direito Penal, a fixação das penalidades quando há a prática de duas condutas ilícitas diversas é solucionada pelos institutos do concurso de infrações, mais especificamente o concurso material¹³. Nesse sentido, um exemplo do Direito Penal pode ser ilustrativo e contribuir, por analogia de tratamento, para a solução do suposto conflito entre as alíneas “d” do inciso IV do artigo 5º da Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e alínea “d” do inciso I artigo 36 Lei n. 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Suponha que 3 ou mais pessoas se associem para a prática de crimes e, de fato, consumem a prática de roubo. A associação criminosa está prevista no artigo 288 do Código Penal, enquanto o roubo configura o delito autônomo do artigo 157 do mesmo diploma. Não há dúvidas de que são praticados 2 crimes diferentes, em que um não é meio necessário para a prática do segundo, havendo conseqüentemente concurso de crimes. Ora, o cartel é justamente uma forma de associação ilícita, típica de empresas, e não é meio necessário para realizar fraudes, mas necessariamente visa a prática de atos ilícitos. Então, em paralelo com a associação criminosa para prática de outros delitos, caso o agente cometa as duas infrações administrativas, as penas devem ser acumuladas:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA (ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL). [...] CONDENAÇÃO CONCOMITANTE PELOS DELITOS DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. VÍNCULO ASSOCIATIVO. EXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE À CONDENAÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7/ STJ. [...]

4. Segundo a jurisprudência desta Corte, não há bis in idem na condenação pelo crime de associação criminosa armada e pelo de roubo qualificado pelo concurso de agentes, pois os delitos são autônomos, aperfeiçoando-se o primeiro independentemente do cometimento de qualquer crime

¹² A formação de cartel, por si só, causa efeitos gravíssimos à sociedade. Nesse sentido, cite-se Deschk (2016, p. 177, grifo nosso): “O cartel é considerado a mais grave lesão à concorrência, dentre as condutas anticompetitivas. Cartel é um acordo entre concorrentes, cujo objetivo é eliminar a concorrência, podendo ser através de fixação de preços, cotas de produção, divisão de mercados, entre outros. O cartel traz enormes prejuízos para a sociedade, aumentando o preço dos produtos e afetando sua disponibilidade no mercado, prejudicando os consumidores, o desenvolvimento da economia, e a inovação tecnológica, afetando de maneira considerável o bem-estar social [...]”.

¹³ De acordo com o Código Penal (art. 69), haveria concurso material quando: “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido” (BRASIL, 1940).



subsequente. Ademais, os bens jurídicos protegidos pelas normas incriminadoras são distintos – no caso do art. 288, parágrafo único, do CP, a paz pública e do roubo qualificado, o patrimônio, a integridade física e a liberdade do indivíduo (BRASIL, 2019, grifo nosso).

A solução da questão proposta neste artigo pelas regras do concurso material de infrações é razoável, tal como no Direito Penal, e proporcional, já que a reprimenda pela prática de atos contra a ordem econômica e ainda contra o patrimônio público deve ser maior do que pela prática isolada de uma delas.

Indo além do paralelismo com o Direito Penal, o Supremo Tribunal Federal possui julgados que corroboram o entendimento de que a acumulação de penalidades administrativas seria possível, seja pela prática de uma única ou mais de condutas ilícitas. Nesse sentido, no MS 35.435/DF, a decisão do STF registrou que “diferente do que ocorre no regime do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, fica claro que as condutas passíveis de punição pela Lei Anticorrupção também podem configurar, além de crimes, outras infrações administrativas e também com repercussões judiciais” (BRASIL, 2021, p. 18, grifo nosso). Com base nessa decisão, o STF, tacitamente, também entendeu que as diversas instituições que atuam no combate a corrupção não têm suas competências prejudicadas pela atuação pretérita de outro, desde que não ainda restem condutas a serem avaliadas¹⁴. A conclusão principal foi de que não é possível a dupla penalização administrativa no microsistema anticorrupção quando não for evidente que valores jurídicos diversos foram atingidos¹⁵, o que reforça a tese de que o acúmulo de penas do Cade e da CGU no caso de fraude à licitação mediante formação de cartel seria lícita.

O mesmo tribunal, no âmbito do MS 38007 MC / DF, apreciou pedido de empresa apenas administrativamente de forma acumulativa; a empresa “afirmou que na dosimetria da sanção aplicada pelo Tribunal de Contas da União deve[riam ter sido] consideradas as penas impostas por outros órgãos de controle, sobretudo a Controladoria-Geral da União” (BRASIL, 2021, p. 2). Em decisão liminar relativamente a esse pedido, o STF entendeu que o argumento em questão não afasta a presunção de legalidade da punição vigente.

Embora essas decisões citadas do STF não se refiram especificamente a acumulação de penalidades aplicadas pela CGU e pelo Cade em situação de fraude à licitação decorrente de atuação de cartel, devem ser consideradas, por raciocínio a contrário senso, referência importante que confirma a ideia central de que as penas devem ser somadas na hipótese discutida pelo artigo.

6. CONCLUSÃO

Existem diversos limites constitucionais e legais para a atividade punitiva do Estado, tais como os princípios da legalidade, anterioridade, tipicidade, ampla defesa e contraditório,

¹⁴ O caso concreto é diferente do problema proposto neste artigo, mas o raciocínio nessa decisão é válido: “Em decisão formalizada, em 13.4.2018, no MS 35.435 [...] busquei deixar claro que: “se os acordos de leniência **não contemplarem em sua totalidade a reparação** do dano causado ao erário, é possível ao TCU julgar as contas daqueles que deram causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” (BRASIL, 2021, p. 34, grifo nosso). Ainda assim, curiosamente, essa decisão do STF impediu a aplicação da penalidade cominada pelo TCU: “tendo o TCU outros mecanismos aptos a atingir tais finalidades, não é razoável que aplique penalidade que inviabilize o cumprimento dos acordos firmados por outros entes” (BRASIL, 2021, p. 34, grifo nosso).

¹⁵ “[...] há inegável sobreposição fática entre os ilícitos admitidos pelas colaboradoras perante a CGU/AGU e o objeto de apuração do controle externo. Se tal sobreposição fática não for considerada de forma harmônica, sobreleva-se o risco de determinada empresa ser apenas duas ou mais vezes pelo mesmo fato, a despeito de não ser evidente a pluralidade de bens jurídicos tutelados pelas distintas esferas de responsabilização” (BRASIL, 2021, p. 46).

proporcionalidade, razoabilidade, *non bis in idem* etc.

Contudo, não existe qualquer norma constitucional ou legal que proíba o Poder Legislativo especificamente de prescrever a acumulação de sanções administrativas ou de sanções administrativas com sanções de outras naturezas, como as criminais e civis; ainda assim, o Poder Legislativo deve desempenhar sua função de estabelecer as sanções de forma proporcional e razoável com os valores sociais ofendidos¹⁶. Dito isto, é absolutamente normal em um Estado de Direito a previsão legal de acumulação de penalidades tanto para uma mesma conduta como para múltiplas condutas, sendo que teoricamente na primeira hipótese a justificativa é a necessidade de maior rigor no combate a prática indesejada e, na segunda hipótese, a dupla punição decorre da prática de duas condutas infracionais que atingem valores sociais diversos, não sendo razoável, proporcional e isonômico que aquele que pratica somente uma delas seja punido da mesma forma que quem praticou as duas.

No momento da aplicação das penalidades legalmente cominadas, também cabe observar os limites retro mencionados. A aplicação das penalidades no Brasil, relativamente a fraude à licitação mediante formação de cartel é complexo, pois existem diversos órgãos competentes para processar e julgar as diversas condutas tipificadas como infração. Exigir que haja apenas uma única autoridade pública competente para julgar todas as práticas infracionais possíveis, mesmo se fossem apenas as administrativas, seria inviável dada a necessidade de especialização dos órgãos públicos. Se, por um lado, é plenamente possível do ponto de vista jurídico que o Cade e a CGU atuem reprimindo infrações dentro de um mesmo contexto fático, formado por diversas condutas antijurídicas, deve-se reconhecer certa dificuldade na unificação razoável e proporcional das penalidades, mas se trata de obrigação prevista na LINDB, conforme já mencionado.

Retomando especificamente os limites punitivos discutidos neste trabalho, uma análise afoita da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e da Lei Anticorrupção poderia concluir que pessoas jurídicas que praticam fraude em uma única e específica licitação mediante formação de cartel não poderiam ser punidas cumulativamente com as penalidades fixadas por essas leis; por exemplo, não poderia haver a aplicação de duas multas ou duas declarações de inidoneidade, uma pelo Cade e a outra pela CGU. Assim, aqueles que defendem a existência de excesso punitivo do Estado na fraude em licitação mediante cartelização, como Vianna e Souza (2022), costumeiramente retratam a acumulação de sanções administrativas como infringente ao princípio *ne bis in idem* no momento da aplicação da norma jurídica ou alegam genericamente que a penalização seria desproporcional e desarrazoada¹⁷.

De fato, o princípio *ne bis in idem* é um dos muitos mecanismos de contenção do abuso da pretensão punitiva do Estado. Mas, conforme retro discutido, não há *bis in idem* quando se pune uma pessoa jurídica pela associação criminosa na forma de cartel seguida pela prática de fraude em licitação, já que não há nessa situação identidade de fundamento fático e legal¹⁸, embora haja

16 Nesse sentido, Mello (2007, p. 212) defende que: “[...] o princípio do *non bis in idem*, por outro lado, não veda ao legislador a possibilidade de atribuir mais de uma sanção administrativa a uma mesma conduta. Foi afirmado acima que a sanção que atende ao princípio da proporcionalidade é a prevista no ordenamento jurídico: o legislador, observadas as normas constitucionais, define as medidas sancionadoras adequadas e proporcionais para cada situação de fato. Se estabelece a lei formal múltiplas sanções para uma mesma conduta, são elas as sanções adequadas e proporcionais, não sendo sua aplicação ofensiva ao princípio do *non bis in idem*.”

17 Sobre a acumulação de sanções oriundas do microssistema anticorrupção brasileiro, Vianna e Souza (2022, p. 868) defendem que a acumulação de sanções “não é, necessariamente, a aplicação do Direito que melhor atende à finalidade do Direito Sancionador. A defesa de tal entendimento teria que se sustentar apenas sob o aspecto retributivo de tais penas, deixando de lado os objetivos de reabilitação, atingimento da política pública e mesmo de dissuasão geral.”

18 Mello (2007, p. 210-211) entende que a regra do *non bis in idem* é uma orientação dirigida para a Administração Pública; esse princípio estabelece que a sanção prevista na norma descumprida somente pode incidir uma única vez para cada conduta delituosa efetivamente praticada. Inclusive, por isso, o princípio *ne bis in idem* é desdobramento do princípio

identidade de sujeitos. Se o fundamento jurídico para a punição (tipo infracional e sanção) de uma única conduta é outro, como no presente estudo em que existe mais de uma conduta enquadrável em dois tipos diferentes, não há *bis in idem* e sim concurso de infrações (houve realmente mais de uma infração). Então, o princípio *non bis in idem* somente proíbe a repetição punitiva se seu fundamento for exatamente o mesmo que justificou a primeira punição, aqui entendida a situação em o agente realmente só praticou uma conduta enquadrável em uma única tipificação¹⁹. Por tudo isso, dentro de um contexto jurídico em que se admite a pluralidade de sanções para uma mesma conduta, inclusive o concurso de infrações, o argumento do *ne bis in idem* é restringido, não se aplicando a essas situações absolutamente normais de múltipla penalização legalmente previstas retratadas exaustivamente neste trabalho, em especial quando há duas infrações diferentes como no caso da fraude mediante formação de cartel.

Discussão igualmente relevante é sobre a importância dos princípios da desarrazoabilidade e da desproporcionalidade no momento da fixação das sanções administrativas, cíveis e judiciais para as infrações de formação de cartel e fraude à licitação; a aplicação cumulativa exige a avaliação dessas sanções não apenas isoladamente consideradas, mas também o impacto do conjunto das medidas à pessoa jurídica. Isoladamente, não há dúvidas de que quem pratica duas infrações diversas deve ser punido mais duramente do que aquele que praticou apenas uma dessas mesmas condutas infracionais²⁰, o que reforça a presunção de constitucionalidade da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e da Lei Anticorrupção.

Quando da avaliação da proporcionalidade e razoabilidade do conjunto das sanções, é, nesse momento, que as alegações de Vianna e Souza (2022, p. 867) se tornam referências importantes: “Além dos efeitos retributivo e dissuasório específico, a aplicação de penas administrativas visa a corrigir e coibir os comportamentos considerados reprováveis e, assim, criar uma estrutura de incentivos para que os administrados atuem de acordo com a forma desejada pelo Estado.” Nesse sentido, Vianna e Souza (2022) entendem que, às vezes, o ente privado é punido “de forma tão gravosa que atinge o ponto de impedir sua correção de rumo e retorno à atividade tutelada pelo Estado (na maioria das vezes, econômica).” Realmente, as pessoas jurídicas são apenas uma ficção, mas que geram produtos, serviços, empregos e tributos para a sociedade; talvez a melhor decisão em termos de política legislativa não seja punir severamente as empresas e sim aqueles que atuaram em seu nome, permitindo mais facilmente a reabilitação da empresa para continuidade de suas atividades lícitas. Concretamente, a múltipla punição por autoridades públicas diferentes²¹ tem alto potencial de acarretar abuso do poder punitivo do Estado, notadamente quando a soma das punições ultrapassa os limites máximos de declaração de inidoneidade e da multa previstos em lei, o que não seria admissível, ou ainda quando o conjunto das penalidades se revela evidentemente acima daquilo que a pessoa jurídica poderia suportar. Por essa razão, faz sentido a discussão do excesso de punição

da legalidade e da regra da tipicidade.

19 Tacitamente a Súmula n. 19 do Supremo Tribunal Federal contém esse raciocínio, pois a identidade de processos (litispendência e coisa julgada) exige igualdade de partes (Estado e acusado), a mesma causa de pedir (fundamento jurídico e fático para a punição) e o mesmo pedido (enquadramento da conduta em determinado tipo e sanção): “Súmula 19/STF - Servidor público. Processo administrativo disciplinar. É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira” (BRASIL, 1963).

20 A penalidade a ser aplicada a quem pratica concurso de infrações, seja formal ou material, não pode jamais ser a mesma aplicável a quem comete apenas uma delas, pois do contrário os princípios da proporcionalidade e razoabilidade estariam sendo completamente desrespeitados.

21 Ao deixar de comutar a sanção imposta pelo conjunto de órgãos sancionadores poder-se-ia estar desrespeitando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

tanto na academia, no Poder Judiciário e na política para se avaliar se realmente a legislação e a aplicação das penalidades realmente está adequada à Constituição da República²², ao § 3º do artigo 22 da LINDB e aos anseios sociais, competindo primacialmente ao Poder Legislativo realizar a mudança caso seja essa necessária.

Nesse sentido, a falta de um regramento específico para a exasperação da pena, em qualquer hipótese de concurso de infrações administrativas, é merecedora de críticas. É no momento da unificação das penas, qualquer que seja a natureza delas, que seria viável avaliar a aplicação do conjunto de sanções a uma determinada conduta sob o prisma da proporcionalidade e razoabilidade²³. A solução do problema em discussão, considerando a omissão do Poder Legislativo, perpassa notadamente pela cooperação entre os entes públicos responsáveis pela atividade punitiva, no caso concreto a CGU e o Cade, a fim de serem estabelecidos critérios para afastar o abuso da pretensão punitiva em sede administrativa²⁴. Embora a aplicação das sanções decorra do estatuído pelo Poder Legislativo, a quem compete estabelecer quais valores sociais serão tutelados e quais sanções serão aplicáveis na hipótese de ofensa aos mesmos, é admitido que o aplicador da norma jurídica sopesse as sanções a partir dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, em um momento específico de unificação das penas administrativas que precisa estar previsto normativamente, mesmo que em uma portaria conjunta que estabeleça objetivamente os limites legais do razoável e proporcional para persecução da finalidade da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e da Lei Anticorrupção.

Dito tudo isso, é preciso reconhecer a legitimidade do movimento garantista no Direito brasileiro preocupado em limitar o abuso do exercício do poder-dever do Estado de punir os infratores. Deve haver uma preocupação com a punição excessiva, mas não parece ser em regra o caso das empresas que formam um cartel para fraudar licitações e contratos públicos. Não há identidade de finalidade das atividades sancionatórias da CGU e do Cade e as infrações tipificadas cometidas sequer são as mesmas, ofendendo valores sociais completamente diversos, tratando-se na verdade de situação de concurso material de infrações, cuja solução doutrinária, na ausência de regra legal específica, é a acumulação das penalidades, solução é plenamente coerente com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia estabelecidos pelo Direito, já que não é justo que aquele que praticou duas infrações acumuladas seja punido igualmente como aquele que praticou somente uma. Por isso, enquanto não forem promovidas alterações legislativas, as empresas que integrem cartéis e fraudem licitações irão atrair as sanções da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e da Lei Anticorrupção, havendo concurso material de infrações administrativas regido pela soma das penas, sejam essas as restrições ao direito de licitar, as publicações extraordinárias ou as multas.

Contudo, no momento da aplicação, as penalidades cominadas devem ser sopesadas pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, por força do § 3º do artigo 22 da LINDB. Na hipótese

22 O Poder Judiciário pode reconhecer o excesso de punição prevista pelo Poder Legislativo, declarando a inconstitucionalidade da lei com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, mas isso tende a ser feito em casos concretos isolados pelo controle de constitucionalidade difuso.

23 Há outras vantagens na unificação das penas, uma delas é conhecer a existência de acordos de leniência que podem em tese abonar certas infrações.

24 A necessidade de cooperação é, de fato, mais ampla do que estabelecer regras para a unificação das penalidades. A atuação coordenada das instituições públicas garantidoras do microssistema anticorrupção é imprescindível para se alcançar a finalidade legal de combater a corrupção e, ao mesmo tempo, manter a segurança jurídica na sociedade. O CADE e a CGU possuem normativos prevendo a cooperação, tais como Portaria Normativa Cade nº 21/2022; ACT Cade-MPF nº 1/2020 e Acordo de Cooperação nº 02/2014, mas nenhum deles estabelece procedimento para unificação das penalidades.



em que o conjunto das penas evidenciar um ônus que impeça a correção de rumo da pessoa jurídica para a atividade lícita de gerar produtos, serviços, empregos e tributos para a sociedade, a finalidade da lei estaria sendo descumprida e seria possível limitar as consequências com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade reconhecidos tacitamente no § 3º do artigo 22 da LINDB.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do Cade**. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3rg3phq>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Combate a Cartéis em Licitações**. Brasília: Cade, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3ivMNB7>. Acesso em: 27 maio 2023.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Manual de Responsabilização de Entes Privados**. Brasília: CGU, 2022. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/68182>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: <https://bit.ly/3CeAfV8>. Acesso em: 30 jan. 1940.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: <https://bit.ly/45KQO8R>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/3WPJHYx>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 11 de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3MPmPDV>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3MQ9ICC>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: <https://bit.ly/3NaSf9m>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1425424/SP**. Quinta Turma. Relator: Ministro Jorge Mussi, 06 de agosto de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3oS4gab>. Acesso em: 31 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 38007/DF**. Impetrante: Techint Engenharia e Construção S.A. Relator: Ministro Marco Aurélio, 10 de setembro de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3NczEcO>. Acesso em: 30 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 35435/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 30 de março de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/45LLi5I>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 19**. É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1963.

Disponível em: <https://bit.ly/3OWcBEE>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 977/2023**. Plenário. Responsável: Techint Engenharia e Construção S.A. (61.575.775/0001-80). Relator: Ministro Benjamin Zymler, 17 de maio de 2023. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2590546%22>. Acesso em: 30 maio 2023.

DESCHK, João Paulo Vieira. A Formação de Cartéis e a Proposição de Acordos de Leniência por Parte das Empresas Autoras de Infração à Ordem Econômica. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, Florianópolis, v. 2, n. 2, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3qpEXNo>. Acesso em: 30 jan. 2023.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2019.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

NAKAYOSHI, Keiko. BANDEIRA DE MELLO, Renata Costa. Reflexões sobre a vedação ao *bis in idem* e a sobreposição de sanções da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção: Impacto das alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021 na punição de pessoas jurídicas. In: **Cadernos Técnicos da CGU – Artigos Correicionais**. Novembro de 2022. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Cadernos_CGU/issue/view/42/49. Acesso em: 26 mar. 2023.

VIANNA, Marcelo Pontes; SOUZA, Renato Machado de. A pluralidade de regimes sancionatórios e institutos de leniência: uma proposta de aplicação dos institutos da *double jeopardy clause* e o excesso punitivo. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). **Justiça Consensual**: acordos penais, cíveis e administrativo. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 867-894.

VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZANOBINI, Guido. **Le Sanzioni Amministrative**. Torino: Fratelli Bocca, 1924.



9

RESPONSABILIZAÇÃO 360°: DESDOBRAMENTOS DE UM MOVIMENTO RESPONSIVO DISSUASÓRIO ESTIMULADO PELA AUTORIDADE DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA¹

Accountability 360°: developments of a dissuasive responsive movement stimulated by the antitrust authority

Vivian Anne Fraga do Nascimento Arruda²
Universidade de São Paulo (USP) – São Paulo/SP, Brasil

Marcelo Barbosa de Castro Zenkner³
Fundação Getúlio Vargas (FGV/Rio) – Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Marco Volpini Micheli⁴
Universidade de São Paulo (USP) – São Paulo/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: A exemplo de outras jurisdições e de órgãos internacionais, a lei concorrencial brasileira caracteriza o cartel em licitações como o mais grave tipo de conduta anticompetitiva. Amparada no complexo e multifacetado arcabouço jurídico aplicável, a autoridade nacional competente – o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – vem proativa e diligentemente exercendo iniciativas para uma responsabilização holística dos *cartelistas*. De forma integrada ao sistema jurídico de múltipla persecução a tais agentes, o Cade tem provocado particulares, outros órgãos e demais esferas públicas, encorajando-os, dentro dos limites de suas respectivas competências e atribuições, a buscarem sanções de natureza cível, penal e nas demais frentes administrativas.

Objetivo: O texto objetiva – através de uma densa análise empírica – confirmar a ocorrência desse importante movimento institucional da autoridade em promover uma responsabilização jurídica holística de infratores. Esse movimento institucional ora convencionado de “Responsabilização

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4648392251476133>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 18/05/2023 **Aceito em:** 11/07/2023 **Publicado em:** 31/07/2023

2 Sócia em TozziniFreire Advogados. Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especializada em Direito Econômico Regulatório pela Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Ciências Políticas e Relações Internacionais pela Suffolk University – Boston. **E-mail:** vfraga@tozzinifreire.com.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/9409639448551883>. **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0007-8976-5462>.

3 Sócio de TozziniFreire Advogados. Professor da Link School of Business (SP) e da FDV (ES). Doutor em Direito Público pela Universidade Nova de Lisboa. Ex-Promotor de Justiça, ex-Diretor de Governança e Conformidade da Petrobras e ex-Secretário de Controle e Transparência do Espírito Santo. **E-mail:** mzenkner@tozzinifreire.com.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8677820483572137>. **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0004-5299-2598>.

4 Advogado de Direito Concorrencial em TozziniFreire Advogados. Doutorando e mestre em História Econômica pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito (FD/UPM) e em História (FFLCH/USP). **E-mail:** mvolpini@micheli@gmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/2361953745521991>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-0079-8756>.

360°” está plenamente integrado a uma moldura jurídica legislativa que prevê múltiplas respostas punitivas ao cartel: em sede administrativa e criminal e reparatória (por meio da responsabilidade civil).

Método: Análises quantitativa e qualitativa dos casos de cartel em licitações públicas julgados pelo Tribunal do Cade nos últimos cinco anos. Com base na ferramenta de busca no Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do Cade, aferiu-se o percentual de casos em que a autoridade efetivamente promoveu a Responsabilização 360° e, de forma complementar, analisou-se o mérito das decisões.

Conclusões: Os resultados colocam o Cade no papel de protagonista de um *enforcement* holístico no combate aos cartéis em licitação. Nesse papel, a autoridade sanciona os *cartelistas* sob a seara da lei de defesa da concorrência, e vale-se do multifacetado ordenamento jurídico aplicável que prevê sanções de várias ordens, como penal, outras administrativas e as civis.

Palavras-chave: Direito Concorrencial; Cartéis em Licitação; Persecução Múltipla aos Cartéis; Responsabilização Além-Cade; Reparação de Danos.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: Like other jurisdictions and international bodies, Brazilian competition law characterizes bid-rigging cartels as the most serious type of anticompetitive conduct. Supported by the complex and multifaceted applicable legal framework, the competent national authority – the Administrative Council for Economic Defense (Cade) – has been proactively and diligently exercising initiatives for a holistic accountability of cartelists. Integrated with the legal system of multiple persecution of such agents, Cade has provoked individuals, organizations, and other governmental bodies, encouraging them, within the limits of their own respective competences and attributions, to seek sanctions of a civil, criminal nature and in the other administrative fronts.

Objective: The text aims – through a dense empirical analysis – at confirming the occurrence of this important institutional movement of the authority in promoting a holistic legal accountability of offenders. This institutional movement herewith referred to as “Accountability 360°” is fully integrated into a legal and legislative framework that provides for multiple punitive responses to the cartel: administratively, criminally, and reparative (by means of civil liability).

Method: Quantitative and qualitative analysis of cartel cases in public tenders decided by CADE’s Tribunal in the last five years. Based on CADE’s Electronic Information System (SEI) search tool, the percentage of cases in which the authority effectively promoted the 360° Accountability was checked and, in a complementary way, the merits of the decisions were analyzed.

Conclusions: The results place Cade in a protagonist role of a holistic enforcement in the fight against bid-rigging cartels. In this role, the authority sanctions cartelists under the scope of the antitrust law and makes use of the multifaceted applicable legal system that provides for sanctions of various orders, such as criminal, administrative, and civil.

Keywords: Competition Law; Bid Rigging; Multiple Prosecution of Cartels; Liability Beyond-CADE; Damages.

Classificação JEL: D73; K21; K42; L40; L41.



Sumário: 1. Introdução; 2. O cartel em licitações sob a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência; 3. Metodologia e Resultado da Pesquisa; 4. A responsabilização holística 360°: precedentes do Tribunal Administrativo do Cade; 5. O cartel em licitações atinge múltiplas normas jurídicas para além da administrativa concorrencial: responsabilização 360° e o private enforcement; 6. A responsabilização civil mediante as normas do private enforcement (Lei n.º 14.470/22); 7. Conclusões; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Internacionalmente consagrada pelo termo *bid rigging*, a prática de formação de cartel em licitações ocorre quando os concorrentes acordam com antecedência acerca da empresa que sairá vencedora na licitação, com o objetivo de favorecer todos os pactuantes mediante a combinação de mecanismos de compensação, como, por exemplo, a subcontratação de uma parte do contrato principal para os licitantes perdedores, às custas do desenvolvimento nacional.

No campo das contratações públicas, os cartéis em licitação, através fixação de preços excessivos e artificiais, drenam recursos públicos para promover a maximização do lucro do empresariado em detrimento do contribuinte, impedindo, portanto, que o Estado empregue recursos para o atendimento de outras necessidades da população. Dessa forma, representam um óbice para o alcance de um dos principais objetivos da República Federativa do Brasil estabelecido pela Constituição Federal de 1988: o desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II, da CRFB).

A coordenação entre os licitantes em sede dos contratos públicos é especialmente nefasta para o Poder Público, pois, além de prejudicar o caráter competitivo das licitações,⁵ acaba por gerar a contratação por preços superfaturados. Segundo a OCDE (2002), cartéis em geral geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% em *"Fighting Hard Core Cartels: harm effective sanctions and leniency programs"*. Apesar da dificuldade de mensurar o aumento dos preços e mais genericamente os danos produzidos, uma estimativa conservadora aponta para um aumento de 10% ao ano nos preços em razão da prática de cartel (WERDEN, 2009). Já outros autores apontam para números mais alarmantes ao identificarem uma média de sobrepreço em mercados cartelizados que varia de 10% a 20%, podendo chegar a até 50% (ARAUJO; CHEDE, 2012; CONNOR; BOLOTOVA, 2006).

Aliás, a própria noção de preço se perde, porque o cartel domina as contratações públicas e as empresas vão se alternando nas licitações em uma escala que elas mesmas fazem e com preços que elas próprias escolhem. O sobrepreço de cada obra ou serviço público se espalha pelos fornecedores

⁵ No Brasil, durante o curso da denominada "Operação Lava Jato", descortinou-se um organizado cartel, denominado "Clube das 16", criado especialmente para fraudar as bilionárias licitações da Petrobras, a maior companhia estatal brasileira: "As grandes empreiteiras se reuniam e decidiam quem iria ficar com cada obra. Os encontros, periódicos, ficaram registrados em tabelas e planilhas com nomes sugestivos como 'bingo fluminense', quando se falava, por exemplo, de obras do Comperj, o Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro. Mendonça entregou um documento descrito por ele como 'As regras do Clube', que teria sido elaborado e entregue por Ricardo Pessoa, da UTC, em uma reunião de reorganização do clube, em 2011. Nele, está escrito que o 'campeonato esportivo [...] vem a ser uma competição anual com a participação de 16 equipes, estruturadas sob uma liga, que se enfrentarão entre si e com terceiros, cabendo ao vencedor uma premiação a cada rodada'. O objetivo final era 'a preparação das equipes para competições nacionais e internacionais, objetivando sempre a obtenção de recordes e melhoria dos prêmios'. As regras detalhavam a quantidade de equipes que deveriam participar e o que fazer em caso de rodadas anuladas ou perdidas. A certa altura, expressavam até uma preocupação em planejar 'competições para categorias inferiores'" (NETTO, 2016, p. 82).

dos fornecedores, aumentando o custo para a Administração Pública e para a própria população. O erário, via de consequência, passa a sofrer prejuízos constantes, obrigando o Estado a aumentar os impostos para compensar as perdas. Além disso, os cartéis nas licitações públicas transferem a renda do poder público para os agentes do cartel, assim, indiretamente diminuem a quantidade e a qualidade dos serviços públicos (MARTINEZ, 2013).

Michael Johnston (2010, p. 89), analisando os reflexos dos cartéis em licitações públicas sobre o interesse público, explica que o objetivo da corrupção, nesse contexto, não é apenas o de potencializar o lucro das empresas, funcionando também como uma estratégia para evitar qualquer tipo de mudança no panorama político de um país.

For those reasons the core function of Elite Cartel corruption is to protect, as well as to enrich, networks of higher-level elites. Deals take place not only between public officials and private interests, or between political leaders and mass followers, but also among hegemonic political, bureaucratic, and business figures. The point is not to influence specific policies (although that can certainly be the immediate reward) but rather to stymie or co-opt competitors, amass enough influence to govern, and insulate economic and policy advantages from electoral and social pressures (JOHNSTON, 2010, p. 89).⁶

O *bid rigging*, de acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE –, pode assumir muitas formas, mas a mais frequente se dá quando as empresas rivais combinam previamente a oferta de propostas, com preços mais elevados, ou sob condições desarrazoadas, com o propósito de beneficiar a empresa escolhida pelo grupo para ganhar a licitação (*cover bidding*, ou propostas fictícias) (OCDE, 2009). O mesmo objetivo pode ser alcançado quando as empresas concorrentes em determinada licitação decidem, de forma orquestrada, não apresentar propostas, apresentar propostas inviáveis ou, então, submeter propostas para, logo após, se retirarem do certame, a fim de beneficiar a empresa eleita pelo grupo para sagrar-se vencedora (*bid suppression*, ou supressão de propostas), ou pelo revezamento (rodízio) combinado de vencedores ao longo do tempo, a fim de dar a impressão de que havia uma efetiva concorrência (*bid rotation*, ou propostas rotativas). É por isso que, segundo a OCDE, os esquemas de cartel em licitações, frequentemente, incluem mecanismos de partilha e de distribuição dos lucros adicionais obtidos através de contratação por preço final mais elevado.

À luz dessa conjuntura internacional de um combate vigoroso à prática de cartel em licitações, esse *paper* tem por objetivo através de uma densa análise empírica confirmar a ocorrência de um importante movimento institucional do Cade em promover uma responsabilização jurídica holística desses infratores. Esse movimento institucional ora convencionado de “Responsabilização 360°” é integrado a uma moldura jurídica legislativa que prevê múltiplas respostas punitivas ao cartel: em sedes administrativa, criminal e reparatória (por meio da responsabilidade civil). Ao tempo que executa a responsabilização dos infratores sob a sua competência, qual seja, a esfera administrativa

6 Tradução livre: Por essas razões, a função principal da corrupção do Cartel de Elite é proteger, bem como enriquecer, as redes de elites de nível superior. As negociações ocorrem não só entre funcionários públicos e interesses privados, ou entre líderes políticos e seguidores em massa, mas também entre figuras políticas, burocráticas e empresariais hegemônicas. O ponto não é influenciar políticas específicas (embora isso possa certamente representar a recompensa imediata), mas sim bloquear ou cooptar concorrentes, acumular influência suficiente para governar e isolar as vantagens econômicas e políticas das pressões eleitorais e sociais.

concorrencial, o Cade também busca estimular respostas punitivas de variadas ordens jurídicas, outras administrativas, a criminal e civil.

2. O CARTEL EM LICITAÇÕES SOB A LEI BRASILEIRA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A Lei Antitruste caracteriza o cartel como a mais grave infração à ordem econômica, pois, ao debilitar significativamente os benefícios de um mercado competitivo, atenta contra a livre concorrência, e é capaz de aumentar arbitrariamente os lucros, independentemente de culpa, a conduta de “acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública” (art. 36, § 3º, inciso I, alínea “d”, da Lei nº 12.529/2011) (BRASIL, 2011). Além disso, sua gravidade reside no fato de que esse tipo de conduta impede ou prejudica a aquisição pela Administração Pública de produtos e serviços pelo menor preço e da melhor qualidade, causando graves prejuízos ao erário e, conseqüentemente, aos contribuintes, conforme vasta jurisprudência do Cade. No mesmo sentido, manifestou-se a OCDE, *in verbis*: “*Cartels are universally recognized as the most harmful of all types of anticompetitive conduct. Moreover, they offer no legitimate economic or social benefits that would justify the losses that they generate*” (OCDE, 2002, p. 75).

A título de resposta institucional, o “Guia de Combate a Cartéis em Licitação” foi publicado em dezembro de 2019 e visa, a partir da experiência institucional e prática adquirida pelo Cade ao longo das décadas, a orientar e

auxiliar aqueles que participam da elaboração e execução de processos licitatórios, tais como pregoeiros e membros de comissões de licitação, outras autoridades encarregadas da investigação e punição deste ilícito e ao público em geral, sobre como identificar os principais sinais da existência de conduta colusiva em licitações, para assim aprimorar a detecção, prevenção e punição deste ilícito (BRASIL, 2019a, p. 10).

O documento não possui caráter vinculativo, mas constitui importante marco para a comunidade antitruste brasileira. Em linhas gerais, apresenta: (i) noções gerais e breve panorama do combate a cartéis em licitação no Brasil; (ii) seus elementos facilitadores, formas de conluio e indícios; (iii) formas de prevenir a formação dessa modalidade de cartel; e (iv) os ilícitos relacionados aos cartéis em licitação (BRASIL, 2019a).

Já o Guia Prático para agentes de contratação constitui documento elaborado visando a auxiliar os entes federativos a realizar contratações públicas mais efetivas e a alertar para as características dos cartéis em licitações e para a importância de reportar essas práticas às autoridades competentes. Define as estratégias desses cartéis; as características dos mercados consideradas facilitadoras para esse tipo de conduta; os sinais de alerta que podem indicar que as empresas participantes das licitações estão agindo de maneira coordenada; as melhores práticas de prevenção desse ilícito; e a forma pela qual o Cade atua na repressão dessa prática (BRASIL, 2021).

3. METODOLOGIA E RESULTADO DE PESQUISA

Com o objetivo de confirmar um importante movimento institucional da autoridade em promover uma responsabilização jurídica holística dos *cartelistas*, houve uma análise empírica na base de dados do Cade. O resultado do levantamento constatou que, entre janeiro de 2018 e abril de 2023, dos 40 casos de cartéis em licitações (considerando ambas, públicas e/ou privadas) julgados pelo Tribunal, e cujo total de multas aplicadas nos casos de condenação perfizeram valor da ordem de R\$ 2.520.912.750,46 (dois bilhões, quinhentos e vinte milhões, novecentos e doze mil, setecentos e cinquenta reais e quarenta e seis centavos), em mais da metade deles, 24 (60%), a autoridade provocou a relevante discussão de uma responsabilização para além da sua própria jurisdição, a concorrencial.

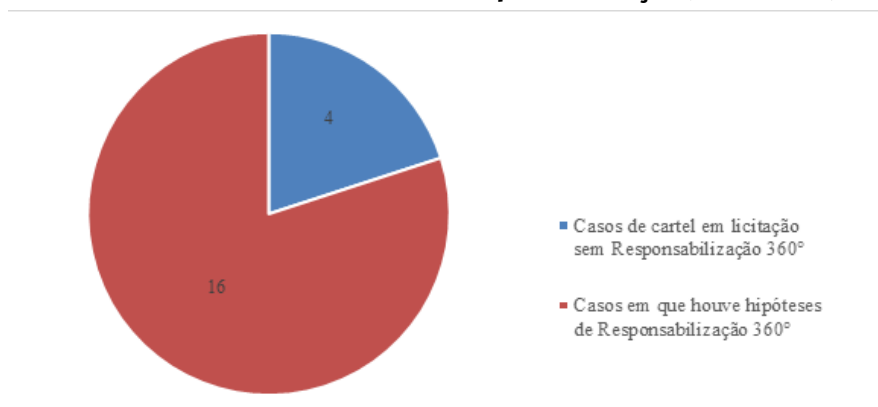
Equivale a dizer que, nesses casos, verificou-se que a decisão final do Pleno determinou a expedição de cópia do acórdão ou algum outro tipo de comunicação a outro ente público, dentre os quais se destacam os Ministérios Públicos Estaduais, o Ministério Público Federal, as agências reguladoras, demais autarquias ou empresas públicas (como no caso dos Correios).

Para tal fim, houve um estudo cruzado entre todos os processos administrativos cuja conduta investigada fosse cartéis e as Atas das Sessões Ordinárias de Julgamento do Cade no período estudado (qual seja, 2018 a 2022) em que houve Responsabilização 360°.

Após a sistematização dos dados levantados, o registro resultante passou por um novo filtro, os casos de cartéis em licitações (públicas ou privadas). Em sequência, dos 40 casos de cartéis em licitação (públicas ou privadas) julgados pelo Tribunal do Cade, foi feita a análise qualitativa dos procedimentos, trabalho que indicou que 26 deles versavam sobre cartéis em licitações públicas. Estabelecido esse recorte, optou-se por considerar apenas as decisões de condenação – ainda que parcial –, tendo-se excluído os casos de arquivamento para todos os Representados.

Conforme ilustra o gráfico a seguir, em 80% dos 20 casos de condenação em cartéis em licitações públicas, o Cade discute a “Responsabilização 360°”, pela qual que encoraja diversos agentes públicos e privados (Ministério Público Estadual, Ministério Público Federal, agências reguladoras e empresas públicas – como no caso dos Correios–, bem como os próprios afetados pelas condutas e suscetíveis a pleitear algum tipo de reparação de danos) a avaliarem a incidência de sua correspondente e competente responsabilização. Esses 20 casos somam R\$ 2,3 bilhões em multas.

Gráfico 1 - Condenações em casos de cartel em licitações públicas julgados pelo Tribunal do Cade sinalizam uma maior responsabilização (2018-2023*)



Fonte: Elaboração própria com base em pesquisa na base de dados do Cade.

* Atualizado até a 211ª SOJ.



4. A RESPONSABILIZAÇÃO HOLÍSTICA 360°: PRECEDENTES DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DO CADE

A reparação por eventuais danos advindos do conluio em processos licitatórios tem se mostrado especialmente relevante tanto na seara privada quanto na tutela dos direitos da coletividade; esta última, que, afinal, trata-se do bem jurídico maior protegido pela normativa da defesa da concorrência, consoante o parágrafo único do art. 1º da lei 12.529/2011.⁷

A título de elucidar essa prática, veja-se que, no âmbito do Processo Administrativo n.º 08012.009732/2008-01, julgado na 166ª Sessão Ordinária de Julgamento, e que apurava cartel em licitações municipais para aquisição de unidades móveis de saúde e equipamentos médicos hospitalares realizados com recursos provenientes de convênios com o Ministério da Saúde entre 2000 e 2005, a decisão do colegiado decidiu pela “a expedição de ofício com cópia da decisão desse Tribunal Administrativo ao Ministério Público Federal em Resende, Rio de Janeiro (MPF-RJ), *para ciência e eventual propositura de ação para ressarcimento de danos à coletividade* (art. 1º, inciso V, da Lei nº 7.347/1985)” (BRASIL, 2020). No voto da Relatora – ex-Conselheira Paula Azevedo – pugnou-se, ainda, pela ampla divulgação da decisão, com “remessa a potenciais interessados e às Prefeituras e/ou Organizações Sociais afetadas pela conduta anticompetitiva, para que, querendo, exerçam o direito de reparação a que, eventualmente, tenham direito” (BRASIL, 2020).

Nesse mesmo diapasão, recente decisão⁸ do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), que condenou empresas a multas de aproximadamente R\$ 800 milhões, consolida um movimento institucional da autoridade em promover uma responsabilização jurídica holística de infratores. Condenadas por infração concorrencial da Lei nº 12.529/2011 ao agirem consórcio em licitação pública para contratação de serviços de conectividade para Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Correios), o Tribunal encaminhou cópia da sua condenação aos Correios para que tomasse ciência e adotasse as providências cabíveis. A autoridade também determinou ampla divulgação da decisão, em jornais de grande circulação, e sua remessa a potenciais interessados para que possam exercerem o direito de reparação a que, eventualmente, tenham direito (BRASIL, 2022a).

Na 194ª Sessão Ordinária de Julgamento do Cade, em item da pauta⁹ em que se discutia

7 Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. **Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.** (BRASIL, 2011, grifo nosso).

8 Decisão: “O plenário, por unanimidade, condenou as representadas Claro, Oi e Telefônica, e por maioria, determinou a aplicação de multa no valor de R\$ 395.228.792,70 para Claro S.A., aplicação de multa de R\$ 266.115.266,00 para a representada Oi Móvel S.A.; e aplicação de multa de R\$ 121.721.935,70 para a representada Telefônica; o valor integral da multa deverá ser recolhido no prazo de 30 dias a contar da publicação da decisão plenária, sob pena de multa no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia de atraso, nos termos do voto da Conselheira Relatora. Vencidos o Presidente do Cade, o Conselheiro Luiz Hoffman e o Conselheiro Gustavo Augusto. O plenário, por unanimidade, determinou a expedição de ofício com cópia da decisão à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para que tome ciência e adote as providências que julgar cabíveis, nos termos do voto da Conselheira Relatora.” (BRASIL, 2022a).

9 Decisão: “O Plenário, por unanimidade, determinou a condenação em relação aos Representados com aplicação das respectivas multas: Alimentare Serviços de Restaurante e Lanchonete Ltda. – multa de R\$ 35.171,60; Ventana Manutenção e Serviços Ltda. – multa de R\$ 2.780.203,30, Confraria André Ltda. – multa de R\$ 84.592,82; Boa Viagem Cafeteria Ltda. – multa de R\$ 616.054,12; Delícias da Vovó Ltda. – multa de R\$ 286.525,15; Vitor Hugo dos Santos – multa de R\$ 7.034,32; César Giacomini Evangelista Kinaki – multa de R\$ 16.918,56; Gustavo Locks de Pauli – multa de R\$ 57.305,03; e Jean Diego Brunetta – multa de R\$ 50.000,00; determinou, ainda, o arquivamento do processo em relação ao Representado Fabiano Luis Gusso, considerando seu falecimento, no termos do voto do Conselheiro Relator. O Plenário, por maioria, determinou a condenação em relação aos Representados com aplicação das respectivas multas: Christian dos Santos Marques Motta – multa de R\$ 417.030,50; e Juliana Osório Saul – multa de R\$ 417.030,50, nos termos do voto do Conselheiro Gustavo Augusto. Vencidos o Conselheiro Relator e o Conselheiro Luis Baido. O Plenário, por maioria, determinou o arquivamento do processo em relação ao Representado Hugo Evangelista Kinaki, nos termos do voto do Conselheiro Gustavo Augusto. O Presidente do Cade fez uso do voto de qualidade,

supostas práticas de condutas anticompetitivas em licitações promovidas pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), o Conselheiro Relator alertou para se dar ampla divulgação da decisão condenatória com a sua remessa à potenciais interessados, notadamente aqueles identificados ao longo da apuração, como afetados pela conduta anticompetitiva, nomeadamente a Infraero, para que querendo, exerça o direito de reparação (BRASIL, 2022b).

Mais recentemente, no contexto do Processo Administrativo n.º 08700.000269/2018-48 sobre cartéis em licitações para a contratação de obras e serviços de engenharia em unidades escolares da rede municipal de ensino em Juazeiro do Norte/CE, o Tribunal teve de enfrentar desafios impostos pelas particularidades do caso, que envolvia a atuação de servidora pública na infração (BRASIL, 2023).

Nesse contexto, o Conselheiro Relator Gustavo Augusto de Lima destacou que fraudes às licitações prejudicam diretamente a eficiência e a lisura das contratações públicas, ferindo, sobretudo, a reputação “do Estado, dos agentes públicos e das suas instituições, os quais perdem a confiança da população, prejudicando a própria vida em sociedade” (BRASIL, 2023). Indicou, assim, a importância de penalidades acessórias além da multa pecuniária, como a proibição de contratação com a Administração por tempo limitado enquanto importante mecanismo dissuasório (BRASIL, 2023).

Em linha com essas premissas, a decisão do Pleno foi além e deu-se no seguinte sentido:

[...] O Plenário, por unanimidade, determinou a condenação dos Representados a imposição de penalidades acessórias, como proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações públicas no âmbito da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como nas respectivas entidades da administração indireta, pelo prazo de 5 anos, a contar da data da publicação da ata de julgamento, nos termos do voto do Conselheiro Relator. Determinou, também, a aplicação de sanções específicas para a servidora municipal Cássia Rejane Leite De Souza, agente administrativa do município de Juazeiro do Norte/CE, nos termos do voto do Conselheiro-Relator. O Plenário, por unanimidade, determinou, ainda, **a expedição de ofício para o município de Juazeiro do Norte/CE**, com cópia da presente decisão, bem como a cópia digital do áudio do depoimento prestado perante este Conselho pela servidora municipal Cássia Rejane Leite De Souza (constante no documento

nos termos do art. 93 do Regimento Interno do Cade (RICADE). Vencido o Conselheiro Relator, o Conselheiro Luiz Hoffmann e o Conselheiro Luis Braido. O Plenário, por unanimidade, determinou, ainda, a expedição de ofício com cópia da decisão aos Ministérios Públicos Federal e Estadual em Campo Grande/MS, São Paulo/SP, Florianópolis/SC, Maceió/AL, Recife/PE e São José dos Pinhais/PR, para ciência e eventual propositura de ação para ressarcimento de danos à coletividade (artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 c/c o artigo 1º, inciso V, da Lei nº 7.347/1985), bem como a adoção das providências julgadas cabíveis na seara penal (artigo 7º da Lei nº 8.137/1990); determinou a ampla divulgação da decisão, com a sua remessa a potenciais interessados, notadamente aqueles identificados ao longo da apuração como afetados pela conduta anticompetitiva (Infraero), para que, querendo, exerçam o direito de reparação a que, eventualmente, tenham direito, bem como à Delegacia de Repressão a Crimes Fazendários (DELEFAZ/DRCOR/SR/PF/PR) da Polícia Federal no Paraná, e bem como a publicação, em meia página e a expensas do infrator, no jornal “O Paraná”, por 2 (dois) dias seguidos, de duas semanas consecutivas, nos termos do artigo 38, inciso I, da Lei nº 12.529/2011, no termos do voto do Conselheiro Relator. O Plenário, por maioria, determinou também a aplicação da sanção não pecuniária a todos os Representados condenados, pessoas físicas ou jurídicas, qual seja, a proibição de participação em licitações públicas realizadas pela Administração Pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como por entidades da respectiva administração indireta, pelo prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do artigo 38, inciso II, da Lei nº 12.529/2011, abatido o período de suspensão que eventualmente já tenha sido cumprido em razão da decisão da Infraero aplicada no mesmo caso, quando for o caso, nos termos do voto do Conselheiro Gustavo Augusto. Vencido o Conselheiro Relator.” (BRASIL, 2022b)



SEI nº 0949221), **para ciência do ente municipal**; determinou a **expedição de ofício para o Tribunal de Contas do Ceará**, para conhecimento quanto ao presente julgamento e acompanhamento das medidas recomendadas relativas à servidora Cássia Rejane Leite de Souza; **comunicação à Corregedoria-Geral da União** - e demais órgãos competentes - **para registro das penalidades aplicadas**, notadamente das penalidades acessórias, bem como para as demais medidas de sua alçada; determinou a **expedição de ofício à Junta Comercial do Estado do Ceará**, para que registre e promova o arquivamento do presente voto, notadamente das penalidades aplicadas, as quais deverão constar dos registros mercantis e empresariais das pessoas jurídicas ora condenadas, na forma da alínea “e” do inciso II do art. 32 da Lei nº 8.934/1994 c/c inc. VII do art. 38 da Lei 12.529/2011; determinou ainda, encaminhamento da decisão para ciência da Superintendência-Geral do Cade, da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade e do Ministério Público Federal junto ao Cade, para conhecimento, acompanhamento da sua execução e medidas das suas respectivas alçadas, nos termos do voto do Conselheiro-Relator (BRASIL, 2023).

Resta claro, a partir dos casos citados, que o Cade promove relevante debate sobre o amplo alcance da responsabilização, atingindo bens imateriais de tutela coletiva, assim como entidades públicas em nível do executivo municipal ou, ainda, de natureza de organização social.

Trata-se, assim, de irrestrita tutela, que, se, em sua totalidade, não corresponde ao objeto da lei antitruste, certamente nela não se esgota. Em outros termos, o Cade assume papel de sujeito ativo, a partir de suas próprias competências e integrado ao aplicável sistema jurídico de múltipla perseguição a tais agentes, o Cade tem provocado particulares, outros órgãos e demais esferas públicas, encorajando-os, dentro dos limites de suas respectivas competências e atribuições, a buscarem sanções de natureza cível, penal e nas demais frentes administrativas.

Assume, assim, papel de agente, que instiga os demais órgãos e instituições para que, à luz da eficiência e celeridade da Administração, ensejem a apuração das medidas cabíveis, atrelando à coletividade inúmeros outros bens jurídicos tutelados pelos demais diplomas do ordenamento brasileiro.¹⁰

Esse variado rol de casos, entidades oficiadas e direitos a serem salvaguardados pode ser ilustrado pelos casos arrolados na tabela abaixo, que contempla, além dos supracitados feitos, as demais hipóteses dos casos levantados na base de dados do Cade, veja-se:

¹⁰ Nesse sentido, cabe ressaltar que esse movimento de responsabilização protagonizado pelo Cade é manifesto na própria vontade do legislador e dela deriva, consoante o parágrafo 2º do art. 9º da Lei 12.529/2011, vide: “§ 2º As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.” O protagonismo da autarquia, amparado, portanto, pela própria lei, é reforçado na medida em que expressa a diligência do órgão em cumprir as diretrizes legais no que concerne outras esferas que suplantam a seara concorrencial. Em resumo, se é verdade que o texto legislativo enseja a provocação do Cade em relação a outros entes, nomeadamente o Ministério Público, esse fato não oblitera o protagonismo da autarquia enquanto veículo de comunicação a variados outros entes, como se nota da observação da tabela 01.

Tabela 01 – Casos de cartel em licitação em que houve Responsabilização 360°

Sessão de Julgamento	Breve Síntese	Entidades às quais foram enviadas cópias do acórdão do Tribunal do Cade
124 ^a	Suposto cartel no mercado nacional de sal, incluindo a prática de cartel em licitações públicas, bem como influência de conduta uniforme por parte de sindicatos e associações	Departamento de Defesa Comercial (DECOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC), bem como ao (ii) ao Grupo de Técnico de Defesa Comercial (GTDC) da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), (iii) ao Grupo de Técnico de Interesse Público (GTIP) da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) e (iv) ao Comitê Executivo de Gestão da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), Secretaria da Fazenda do estado do Rio Grande do Norte
127 ^a	Suposto cartel no mercado de distribuição de serviços de transporte de passageiros de táxi por meio de central telefônica na cidade de Curitiba e Região Metropolitana do Estado do Paraná.	Procuradoria Federal no Estado do Paraná e Prefeitura no Município de Curitiba (ciência).
146 ^a	Suposto cartel no mercado de licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares. Suposta participação de empresas de consultoria especializada.	Ministério Público do Estado de São Paulo, Ministério Público do Rio Grande do Sul, Ministério Público de Minas Gerais, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Departamento de Polícia Federal, Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Corregedoria Geral da Administração do Governo do Estado de São Paulo, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (ciência e eventuais providência julgada cabíveis).
148 ^a	Suposto cartel em licitações destinadas à contratação de serviços terceirizados de tecnologia da informação, conduzidas por órgãos e empresas públicas sediados no Distrito Federal e cuja prestação de serviços poderiam abarcar outras localidades	“todos os órgãos afetados pelas condutas”; “Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) e Ministério Público Federal no Distrito Federal (MPF/DF)”; “Tribunal de Contas da União e Tribunal de Contas do Distrito Federal”
152 ^a	Cartel em licitações da CDHU/ SP para aquisição de “kits” de aquecimento solar de água para habitações destinadas à população de baixa renda. Suposta combinação de preços e bloqueio a pregão presencial.	Ministério Público do Estado de São Paulo (ciência e eventuais providências julgadas cabíveis)
157 ^a	Apuração de cartel em licitações públicas de hemoderivados entre os anos de 2003 e 2004.	Ministério Público Federal do Distrito Federal, Ministério Público Federal em Pernambuco e Polícia Federal (ciência e eventual propositura de ação para ressarcimento de danos à coletividade, bem como adoção de providências julgadas cabíveis na seara penal).

166 ^a	Supostos cartéis em licitações municipais para aquisição de unidades móveis de saúde e equipamentos médicos hospitalares, realizadas de 2000 a 2005, com recursos provenientes de convênios com o Ministério da Saúde.	Ministério Público Federal em Resende/RJ (para ciência e eventual propositura de ação para ressarcimento de danos à coletividade).
175 ^a	Suposto cartel no mercado de compras públicas de merendas escolares no município de São Paulo.	Ministério Público do Estado de São Paulo, Ministério Público Federal e Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (para ciência e providências cabíveis)
179 ^a	Suposto cartel em licitações públicas destinadas à aquisição de uniforme e kits de material escolar para alunos de redes públicas de ensino.	Ministério Público do Estado de São Paulo e Ministério Público Federal (para ciência e eventuais medias julgadas cabíveis)
180 ^a	Suposta prática de condutas anticompetitivas no fornecimento de tubos e conexões de policloreto de polivinila ("PVC") para obras (i) de infraestrutura de saneamento (esgoto e água) e (ii) prediais/ construção civil no Brasil.	Ministério Público Federal (eventual propositura de ação para ressarcimento de danos à coletividade e adoção das providências cabíveis na seara penal)
182 ^a	Suposto cartel em licitações públicas de material escolar e de escritório realizadas por prefeituras municipais do Estado de Pernambuco. Índícios de acordo entre concorrentes.	Ministério Público Federal em Pernambuco (para ciência e adoção de eventuais providências cabíveis)
196 ^a	Suposto acordo entre concorrentes combinado com condutas unilaterais de discriminação de preços e recusa de contratar no setor de telecomunicações	Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para ciência e adoção das providências que julgar cabíveis
200 ^a	Suposta formação de cartel em licitações para concessão de uso de áreas para exploração comercial da atividade de cafeteria em diversos aeroportos.	Ministério Público Federal e Estadual em Campo Grande/MS, São Paulo/SP, Florianópolis/SC, Maceió/AL, Recife/PE e São José dos Pinhais/PR Delegacia de Repressão a Crimes Fazendários (DELEFAZ/DRCOR/SR/PF/PR) da Polícia Federal no Paraná Ampla divulgação da decisão, com a sua remessa a potenciais interessados, notadamente aqueles identificados ao longo da apuração como afetados pela conduta anticompetitiva (Infraero)

203 ^a	Suposta prática de condutas anticompetitivas no mercado de locação de equipamentos e veículos para conservação, adequação e melhorias de estradas rurais no Estado do Paraná.	Ministério Público do Estado do Paraná
208 ^a	Processo administrativo “filhote” resultante de desmembramento de Processo Originário, que trata de apuração de cartel internacional no mercado de cabos subterrâneos de alta tensão e cabos submarinos de alta tensão e de tensões mais baixas, que teria ocorrido entre anos 1990 até, ao menos, julho de 2004.	Ministério Público Federal de São Paulo para ciência e eventuais providências cabíveis
209 ^a	Suposta prática de condutas anticompetitivas em licitações que tinham por objeto a contratação de obras e serviços de engenharia em unidades escolares da rede municipal de ensino em Juazeiro do Norte/CE.	Município de Juazeiro do Norte/CE , com cópia da decisão, bem como a cópia digital do áudio do depoimento prestado perante o Conselho pela servidora municipal Cássia Rejane Leite De Souza, para ciência do ente municipal ; determinou a expedição de ofício para o Tribunal de Contas do Ceará , para conhecimento quanto ao julgamento e acompanhamento das medidas recomendadas relativas à servidora Cássia Rejane Leite de Souza; comunicação à Corregedoria-Geral da União - e demais órgãos competentes- para registro das penalidades aplicadas , notadamente das penalidades acessórias, bem como para as demais medidas de sua alçada; determinou a expedição de ofício à Junta Comercial do Estado do Ceará

Considerando esse relevante diagnóstico, é oportuno discutir quais são os possíveis desdobramentos em que se tem, em tese, uma responsabilização de infratores sob uma perspectiva ampla, integrada dentro dos vários ordenamentos jurídicos os quais determinada infração concorrencial possa incidir. Diante dos diferentes normativos, o ilícito de cartel gera responsabilização nas seguintes esferas jurídicas: administrativa, criminal e civil (BRASIL, 2019b).

5. O CARTEL EM LICITAÇÕES ATINGE MÚLTIPLAS NORMAS JURÍDICAS PARA ALÉM DA ADMINISTRATIVA CONCORRENCIAL: RESPONSABILIZAÇÃO 360° E O PRIVATE ENFORCEMENT

Em primeiro lugar, vale esclarecer o conceito de categoria jurídica de *infração* ou *ilícito*, ou seja, “comportamento contrário àquele estabelecido pela norma jurídica, que é pressuposto da sanção” (OLIVEIRA, 1985, p. 17). A infração, assim, tem uma relação de causalidade lógico-jurídica com a sanção. Diz-se que infração e sanção “são temas indissoluvelmente ligados”, e, em regra, faces de uma mesma moeda. Ora, a uma previsão normativa de uma infração (comportamento antijurídico) associa-se à consequência jurídica correspondente (sanção). Comportamentos serão qualificados dentro de tal categoria jurídica (infração) se, e somente se, a eles restar atrelada uma

específica consequência jurídica (sanção). Há ilícitos (comportamentos antijurídicos) de diferentes naturezas (como o penal, civil, administrativo, de improbidade administrativa etc.) e suas sanções correspondentes.

Assim, no âmbito da tutela da lisura das licitações e contratos administrativos da Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/2013), o inciso IV, alínea “a”, estabelece que deve ser sancionada a conduta de frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público. É interessante notar, aqui, que a descrição da conduta ilícita em muito se assemelha àquela já examinada na Lei nº 12.529/2011, ou seja, “acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública” (BRASIL, 2011). Entretanto, conforme previsão constante da própria Lei Antitruste, a repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei (art. 35), mesmo no plano meramente administrativo, como acontece em relação àqueles previstos na Lei nº 12.846/2013.

Os verbos nucleares do tipo são *frustrar* e *fraudar*, os quais possuem significados bastante diferentes: enquanto o primeiro pressupõe a ideia de impedir ou obstar, o segundo passa a ideia de criar um engodo ou burlar, mediante expediente ardisso, o caráter competitivo da licitação. Assim, são consideradas ilícitas tanto a conduta de combinar preços, com a formação de cartel (*bid rigging*), como também a de apresentar dados ou informações incorretas ou documentos material ou ideologicamente falsos. Ademais, na visão do Cade, o cartel é a infração à ordem econômica executada por meio de qualquer acordo com o “objetivo de fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública.” (BRASIL, 2016, p. 14).

A consumação do ilícito se dá diante da constatação da ocorrência de prejuízo ao caráter competitivo da licitação, de modo que, se por um acaso alguns licitantes ajustarem previamente os preços a serem ofertados à Administração Pública, mas um outro que não fazia parte do acerto se sagrar vencedor por preço abaixo daquele praticado no mercado, o ilícito em questão não estará consumado, podendo, dependendo do caso concreto, ficar configurada apenas a tentativa (inciso III do art. 7º da Lei nº 12.846/2013).

Acrescente-se que, assemelhando-se ao que ocorre em seu congênere de natureza penal – o crime previsto no art. 90 da Lei de Licitações (BRASIL, 1993)¹¹ –, o ilícito estará consumado independentemente da causação de prejuízo econômico para o Poder Público ou do enriquecimento de qualquer dos envolvidos, bastando, para tanto, a simples ruptura do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar pela via do ajuste, combinação ou qualquer outro expediente entre eles estabelecido.

Nesse contexto, a jurisprudência antitruste brasileira tem classificado o conluio com intuito de fraudar licitações como cartel clássico, sendo, assim, a conduta investigada como um ilícito por objeto. A autoridade entende, predominantemente, que a caracterização do ilícito por objeto independente dos potenciais efeitos decorrentes da conduta, isto é uma vez que há prova da existência do acordo, existe a caracterização do ilícito (SANTOS, 2017). Neste mesmo entendimento de aplicação da regra per se, a autoridade brasileira entende que, restando provas da existência material do cartel, não se analisam os potenciais efeitos da conduta para a condenação (SANTOS,

¹¹ Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

2017).

É interessante notar, por fim, que o ilícito pode restar configurado por uma ação isolada de pessoa(s) jurídica(s), sem a intervenção de qualquer agente público, mas, se houver a participação colusiva deste, será ele enquadrado na Lei de Defesa da Probidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), enquanto a pessoa jurídica responderá por este ilícito da Lei nº 12.846/2013.

Assim, os mesmos sujeitos à responsabilização por atos ilícitos antitruste, quais sejam, pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado, e quaisquer associações de entidades podem também estarem simultaneamente sujeitos à diferentes diplomas legais que podem igualmente repreendem a prática de cartéis.

Nessa esteira, a ora chamada *Responsabilização 360°*, ou seja, a abordagem multidisciplinar no combate aos cartéis – sejam cartéis em licitações públicas ou não – pressupõe, além da persecução pública, realizada por entidades públicas (como o Cade, e o Ministério Público) para a proteção do interesse público nos termos da Constituição, a persecução privada. Tal *private enforcement* traz o conceito da responsabilização civil dos *cartelistas* sob a perspectiva de direitos subjetivos dos particulares, aqueles que foram vítimas do cartel. É desse *private enforcement* que deriva a indenização civil perante o Poder Judiciário das vítimas afetadas pela prática de cartéis.

O estrito cumprimento das regras de defesa da concorrência não visa apenas à proteção do bom funcionamento dos mercados e da economia, no sentido objetivo de proteção da concorrência, mas salvaguarda também direitos subjetivos dos particulares.

Nesse viés, enquanto a atuação das autoridades públicas tem uma função majoritariamente repressiva; a persecução privada tem uma função essencialmente retributiva, ou seja, ressarcir os prejudicados dos danos a eles, individualmente (em oposição à economia ou ao mercado) causados, ocorrendo, sobretudo, através de ações de reparação de danos concorrenciais.

6. A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL MEDIANTE AS NORMAS DO *PRIVATE ENFORCEMENT* (LEI N.º 14.470/22)

Ainda sobre a persecução privada, vale registrar recentes avanços na responsabilização civil pelos danos de cartel a partir Lei nº 14.470/22 que altera previsões importantes da Lei nº 12.529/11 e em vigor desde sua promulgação aos 17 de novembro de 2022. As alterações a seguir destacadas são relevantes pois, efetivamente, resolvem muitas das questões processuais controversas em relação às ações de reparação de danos concorrenciais, além de preverem ferramentas para incentivar que ações desse tipo sejam propostas.

- (i) a fixação de marcos para o cálculo do prazo prescricional: a pretensão da reparação de danos concorrenciais prescreverá em cinco anos a partir da publicação da decisão final do processo administrativo pelo Cade. Essas alterações endereçam intensas discussões a respeito da prescrição, especialmente sobre seu termo inicial;
- (ii) a regulação da chamada defesa de repasse de sobrepreço (*passing-on defense*): não se presumirá o repasse de sobrepreço nos casos de cartel, cabendo aos réus das ações indenizatórias o ônus processual de comprovar



- sua ocorrência em relação a outros elos da cadeia produtiva (por exemplo, aos consumidores finais);
- (iii) a previsão de que os prejudicados por cartéis terão direito a ressarcimento em dobro pelos danos sofridos. Em relação a signatários de acordos com o Cade, haverá incidência de danos simples (e não em dobro), buscando-se reduzir sua exposição *vis-à-vis* à dos demais participantes da conduta que não tenham colaborado com a autoridade;
 - (iv) Ainda no intuito de preservar os lenientes e signatários de termos de cessação de conduta (TCC), a nova lei afasta a sua responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica; e
 - (v) A decisão administrativa do Cade será apta a fundamentar a concessão de tutela de evidência nas ações reparatórias.

Espera-se que com esses avanços legislativos, as ações reparatórias por danos de cartéis, atualmente insipientes, cresçam significativamente e possam acompanhar às tendências mundiais.

7. CONCLUSÕES

O diagnóstico, constatado a partir do exame da coletânea de precedentes, evidencia o Cade protagonizando a responsabilização jurídica holística dos *cartelistas*. Em 80% dos 20 casos de condenação em cartéis em licitações públicas, o Cade discute a “Responsabilização 360º”, pela qual que encoraja diversos agentes públicos e privados (Ministério Público Estadual, Ministério Público Federal, agências reguladoras e empresas públicas – como no caso dos Correios–, bem como os próprios afetados pelas condutas e suscetíveis a pleitear algum tipo de reparação de danos) a avaliarem a incidência de sua correspondente e competente responsabilização.

O estudo observa que, no que toca à sua competência na esfera concorrencial, o Cade é autônomo e sério para resolver os seus próprios assuntos, sancionando os *cartelistas* com o rigor de sua Lei, resultando em multas aplicadas de 2,5 bilhões de reais. E mais: vale-se do multifacetado ordenamento jurídico aplicável que prevê sanções de várias ordens, para assumir dura posição de combate ao cartel de forma *panorâmica*, vez que enxergando a necessidade de uma ampla responsabilização dos infratores como um todo, invoca a possibilidade de outras respostas sancionadoras à prática de cartel, a penal, outras administrativas e as civis. Entende-se que tal atuação além de estar enquadrada dentro do sistema jurídico brasileiro é salutar, pois salvaguarda, de um lado, os direitos do maior titular dos bens jurídicos protegidos pela lei 12.529, a coletividade e, de outro, os direitos de terceiros, afetados pela conduta infratora.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvença. Repressão a Cartéis em Múltiplas Jurisdições. In: MARTINEZ, Ana Paula (org.). **Temas Atuais de Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2012. p. 223-242.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.009732/2008-01**. Interessados: Procuradoria da República no Município de Resende - Estado do Rio de Janeiro, Santa Maria Comércio e Representação Ltda. [...]. Relatora: Conselheira Paula Azevedo, 16 de dezembro de 2020. SEI 0818222. Disponível em: <https://bit.ly/3D82pBM>. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.011835/2015-02**. Representante: Sencinet do Brasil LTDA (nova denominação de BT Brasil LTDA.). Representados: Claro S.A., Oi Móvel S.A., Telefônica Brasil S.A. Relator: Conselheira Paula Azevedo, 15 de junho de 2022a. SEI 1063282. Disponível em: <https://bit.ly/3rhN3YJ>. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.007278/2015-17**. Representante: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero). Representados: Alimentare Serviços de Restaurante e Lanchonete Ltda., Boa Viagem Cafeteria Ltda., Confraria André Ltda., Delícias da Vovó Ltda., Ventana Manutenção e Serviços Ltda., Cesar Giacomini Evangelista Kinaki, Christian dos Santos Marques Motta, Fabiano Luís Gusso, Gustavo Locks de Pauli, Hugo Evangelista Kinaki, Jean Diego Brunetta, Juliana Osorio Saul e Vítor Hugo dos Santos. Relator: Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani, 20 de abril de 2022b. SEI 1102297. Disponível em: <https://bit.ly/46ExpqD>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do Cade**. Brasília: CADE, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3rg3phq>. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Combate a Cartéis em Licitações**: Guia prático para agentes de contratação. Brasília: CADE, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3Xw6Uzf>. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Combate a Cartéis em Licitação**. Brasília: CADE, 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/3ivMNB7>. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Voto do Relator no Processo Administrativo nº 08700.000269/2018-48**. Interessados: Poder Judiciário - 16ª Vara da Justiça Federal no Ceará, Brito Construções Ltda., CAENGE - Cariri Engenharia Ltda. [...]. Relator: Conselheiro Gustavo Augusto de Lima, 15 de março de 2023. SEI 1202605. Disponível em: <https://bit.ly/3rrzJRO>. Acesso em: 19 maio 2023.

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. Disponível em: <https://bit.ly/3MPmPDV>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.666/93 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1993.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Roteiro de Atuação**: Combate a Cartéis. Brasília: MPF, 2019b.



Disponível em: <https://bit.ly/3NtQOlh>. Acesso em: 12 nov. 2022.

CONNOR, John M.; BOLOTOVA, Yuliya. Cartel overcharges: Survey and meta-analysis. **International Journal of Industrial Organization**, [S. l.], v. 24, n. 6, p. 1109-1137, 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=788884. Acesso em: 12 nov. 2016.

JOHNSTON, Michael. **Syndromes of Corruption: wealth, Power and Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2010.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**, 2013.

NETTO, Vladimir. **Lava Jato: o juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas**. Paris: OCDE, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3NSIYV0>. Acesso em: 2 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes**. Paris: OCDE, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/44oisqv>. Acesso em: 12 nov. 2016.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

SANTOS, Flávio Chiquito dos. Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra *per se*. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 121-122, 2017.

WERDEN, Gregory J. Essays on Consumer Welfare and Competition Policy. **SSRN**, 2009). Disponível em: <https://bit.ly/44gww1i>. Acesso em: 12 nov. 2016.

10

UMA ANÁLISE DA (IN) COMPATIBILIDADE ENTRE O EXERCÍCIO DO LEVERAGE REGULATÓRIO E A ATUAÇÃO DO CADE NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL¹

An analysis of the (in)compatibility between the exercise of regulatory leverage and CADE's role in the defense of competition in Brazil

Carolina Pagotto Trevizo²

Universidade de São Paulo (USP) – São Paulo/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contextualização: Agências reguladoras e autoridades concorrenciais possuem uma posição de poder com relação aos regulados e agentes econômicos, vez que têm o poder de controlar o acesso a um mercado específico, alterar comportamentos, proporcionar concessões, etc. Observa-se, pois, a exploração desse *leverage* para atingir outros objetivos/obter vantagens, dentro ou fora da sua competência de atuação, que talvez fosse inviável ou requeresse recorrer a outras ferramentas mais caras ou arriscadas, não fosse a utilização dessa influência.

Objetivo: Analisar em que medida o instituto do *leverage* regulatório do Cade é compatível com a sua atuação na promoção da defesa da concorrência no Brasil.

Método: A pesquisa analisou o uso (ou tentativa) do *leveraging* do Cade mediante aos poderes de *gatekeeper* atrelados as suas atribuições, à luz da teoria dos atos administrativos, especificamente mediante o cumprimento dos requisitos de competência e finalidade do ato administrativo.

Resultados: Identificou-se 3 (três) casos em que o Cade utilizou (ou tentou utilizar) seus poderes de *gatekeeper*, inerentes às suas funções preventivas e repressivas, para obtenção de objetivos adicionais ou mais amplos. Em 1 (um) dos casos, a autarquia atingiu a competência de outra autoridade ao tentar utilizar o poder de *gatekeeper* de imposição unilateral de restrições, visando tão-somente operacionalizar um ato de concentração inviável – mesmo agindo para maximizar um objetivo inerente à defesa da livre concorrência. Já nos outros 2 (dois) casos, o *leverage* regulatório do Cade parece ter sido utilizado de forma correta, pois a autarquia celebrou os acordos no exercício

Editor responsável: Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braidó, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4648392251476133>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 04/01/2023 **Aceito em:** 15/06/2023 **Publicado em:** 31/07/2023

2 Pós-graduada em Direito Econômico e Concorrencial pela Fundação Getúlio Vargas – SP (FGV). Obtenção de diploma de licence em Droit pela Université Jean Moulin Lyon III. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Membro do Comitê de Contencioso e Arbitragem do IBRAC. Advogada em São Paulo/SP. **E-mail:** caroltrevizo@hotmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1392160673096184>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-8133-8342>.



legítimo da sua competência, e impôs obrigação mais ampla que àquele atribuído à celebração de TCC pela lei concorrencial de forma coerente com as finalidades do antitruste brasileiro.

Conclusões: Como o *leverage* regulatório não é regulamentado, seu uso desgovernado pode transformar o Cade em um executor secundário de um conjunto potencialmente grande de outras leis. Portanto, por ora, seu exercício deve estar aos objetivos do direito antitruste brasileiro (mesmo que os objetivos sejam difusos) e ao escopo de atuação da autarquia de acordo com as suas atribuições, sob pena de incorrer em algum tipo de abuso de poder. Caso haja interesse em expandir seu uso para além da zona de atuação da autarquia, ou visando atingir objetivos alheios àqueles consagrados na legislação concorrencial, é fundamental que sua legitimação se dê de forma expressa.

Palavras-chave: *leverage* regulatório; *gatekeeper*; Cade; Lei nº 12.529/11; vício.

An analysis of the (in)compatibility between the exercise of regulatory leverage and CADE's role in the defense of competition in Brazil

STRUCTURED ABSTRACT

Background: Regulatory agencies and competition authorities have a position of power in relation to the regulated and economic agents, since they have the power to control access to a specific market, change behaviors, grant concessions, etc. It is observed the exploitation of this leverage to achieve other objectives/obtain advantages, within or outside its competence of action, which perhaps would be unfeasible or would require resorting to other more expensive or risky tools, if it were not for the use of this influence.

Objective: To analyze to what extent the exercise of regulatory leverage by CADE is compatible with its role of promoting the antitrust enforcement in Brazil.

Method: The research analyzed the use (or attempt) of CADE's leveraging through its gatekeeper powers associated to its attribution, specifically through the fulfillment of the requirements of competence and purpose of the administrative act.

Results: Three (3) cases were identified in which CADE used (or tried to use) its gatekeeper powers, inherent to its preventive and repressive functions, to obtain additional or broader objectives. In 1 (one) of the cases, the autarchy overstepped the competence of another authority when trying to use the gatekeeper power by imposing unilateral restrictions, with the sole objective of operationalizing an unfeasible merger – despite having acted to maximize an objective inherent in the defense of the free competition. In the other 2 (two) cases, the use of regulatory leverage by CADE seems to have been used correctly, as the autarchy entered into agreements in the legitimate exercise of its competence, and imposed a broader obligation than the one attributed to the execution of a cease-and-desist by the competition law in a manner consistent with the purposes of the Brazilian antitrust.

Conclusions: As the institute of regulatory leverage is unregulated, its ungoverned use can turn CADE into a secondary enforcer of a potentially large set of other laws. Therefore, for the time being, its exercise must stick to the objectives of Brazilian antitrust law (even if the objectives are diffuse) and the scope of action of the autarchy in accordance with its attributions, under penalty

of incurring in some type of abuse of power. If there is an interest in expanding its use beyond the authority's area of operation, or in order to achieve objectives that are unrelated to those enshrined in the antitrust legislation, it is fundamental that its legitimation be given expressly.

Keywords: regulatory leverage; gatekeeper; CADE; Law No. 12.529/11; defect.

Classificação JEL: B15, B25, H70, K21, K23, K33, K42, P50

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Atuação do Cade na Defesa da Concorrência no Brasil*; 2.1. *Legislação e jurisprudência brasileira apontam para uma finalidade plural do direito concorrencial brasileiro*; 2.2. *Vedação à atuação abusiva do Cade*; 3. *O instituto do leverage regulatório e sua aplicabilidade no Direito da Concorrência*; 3.1. *Leveraging entre áreas distintas de um mesmo domínio*; 3.2. *Leveraging entre dois domínios por uma autoridade com múltiplos propósitos*; 3.3. *Leveraging entre dois domínios exercidos por autoridades diferentes*; 3.4. *Leveraging sob o pretexto de “interesse público”*; 4. *A (in)compatibilidade entre o leverage regulatório e a atuação do Cade na defesa da concorrência no Brasil*; 4.1. *Jurisprudência ainda muito incipiente*; 5. *Necessidade de delimitar o exercício do instituto do leverage regulatório no âmbito do Cade*; 6. *Considerações finais*.

1. INTRODUÇÃO

O instituto do *leverage* regulatório tem o potencial de se estabelecer como um instrumento importantíssimo na missão de zelar pela livre concorrência e pelo bem-estar dos mercados.

Muito se fala dos poderes de *gatekeeper* inerentes a algumas entidades reguladoras. Esses poderes podem servir para impor encargos diferentes aos regulados, atingir outros objetivos ou obter vantagens, seja dentro da sua competência de atuação, ou até mesmo em relação a outro domínio normativo, os quais não seriam possíveis de serem impostos ou obtidos mediante regulação direta, ou seriam impostos mediante recursos mais onerosos, não fosse o referido *leverage* da autoridade.

O Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (“Cade”) não é uma agência reguladora da concorrência, mas sim uma autoridade de defesa da concorrência. Todavia, o *leverage* regulatório se aplica ao Cade, vez que também é uma autarquia que possui poderes de *gatekeeper* no desempenho das suas funções preventiva e repressiva às infrações à ordem econômica.

Todavia, o *leveraging* da agência concorrencial brasileira deve ser pensado com cautela, justamente devido à maneira que esse instrumento está delineado hoje em dia, sem regulamentação alguma.

O presente artigo busca, portanto, analisar a compatibilidade ou não do instituto do *leverage* regulatório com a atuação do Cade na promoção da defesa da concorrência no Brasil.



2. ATUAÇÃO DO CADE NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

2.1 Legislação e jurisprudência brasileira apontam para uma finalidade plural do direito concorrencial brasileiro

Agências de defesa da concorrência ao redor do mundo atuam como instrumento de *enforcement* das finalidades atribuídas ao direito antitruste de cada país, i.e., implementando a sua “agenda antitruste”.

O tema, todavia, é tudo menos simples, na medida em que a finalidade do direito antitruste não é um consenso na literatura especializada sobre teoria econômica, podendo o direito antitruste se prestar a inúmeras finalidades.

A lei estadunidense de defesa da concorrência é um exemplo prático disso. Veja-se que o Sherman Act (1890) foi editado em uma época em que a economia americana sofria grandes transformações, e o cenário econômico, por consequência, era pautado pela competitividade agressiva, altos custos e concentração, o que estimulou a prática de atos questionáveis entre os *players* e abusos ao consumidor. A lei, portanto, foi editada justamente em resposta à formação dos monopólios e os efeitos negativos dessa modalidade de mercado sobre o consumidor (SOUZA, 2006, p. 60).

Ao longo do tempo, contudo, a Suprema Corte norte-americana declarou, em vários precedentes, que o início da defesa da concorrência nos EUA era “multidimensional”, indo além da (i) prevenção da concentração de mercado e proteção da liberdade das empresas de vender bens. Se prestaria também a (ii) proteger o público das falhas de mercado, (iii) proibir práticas que impeçam o acesso de empresas ao mercado, (iv) assegurar igualdade de oportunidades e proteger o público de monopólio e cartéis, etc. (JASPER, 2019, p. 173).

Após esse período inicial de objetivos mais pulverizados, o debate sobre os objetivos do antitruste nos EUA passou a ser mais acalorado e, de certa forma, polarizado. De um lado, alguns economistas e juristas, em grande parte, mas não exclusivamente ligados à Universidade Chicago, defendiam que o direito antitruste deveria pautar-se no bem-estar econômico, entendendo que as normas dirigidas a disciplinar a tutela da concorrência são instrumentos destinados a melhorar a eficiência dos mercados.³ De outro lado, outros vinculam o fundamento do direito antitruste com a Constituição e, portanto, não aceitam sua defesa somente com base na promoção do bem-estar econômico (CORDEIRO; SIGNORELLI, 2020).⁴

Mais recentemente, observou-se um movimento novo, chamado “hipster antitrust”, pautado na ideia de que o qual o moderno antitruste, baseado no critério do bem-estar do consumidor, foi um fracasso em proteger o mercado contra comportamentos anticompetitivos (JASPER, 2019, p. 177). Os seus apoiadores defendem uma política concorrencial mais severa e intervencionista.

No que diz o direito comunitário europeu, é possível depreender do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) e de outros que integral o ordenamento jurídico europeu, que a finalidade do seu direito concorrencial também é difusa. Em que pese os principais termos

3 É o caso de Bork (1993), que argumentou que o único propósito da legislação antitruste era maximizar o bem-estar do consumidor (lembrando do equívoco terminológico feito por Bork que, por bem-estar do consumidor, quis dizer bem-estar total, o que é mesmo que dizer eficiência econômica).

4 É o caso dos estudiosos H. Blake e W. Jones (1965, p. 381, tradução nossa), que descreveram o antitruste como “parte integrante da constituição econômica dos Estados Unidos”.

utilizados para descrever o objetivo do direito antitruste serem (i) o “bem-estar do consumidor” (significando, contudo, “excedente do consumidor”) e (ii) a “alocação eficiente de recursos”, similar à “eficiência econômica” do direito americano, a Europa também arrola como alvos secundários do seu direito antitruste (iii) a “concorrência no mercado” e (iv) a “integração do mercado” (JASPER, 2019, p. 177).

Analisando o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, observa-se que o padrão da multidimensionalidade do direito antitruste no ordenamento jurídico-econômico nacional não destoa das jurisdições americana e europeia. Conforme apontam Castro (2018) e Souza (2006, p. 13), os objetivos do direito antitruste vêm inscritos na ordem econômica nacional.

A defesa da concorrência brasileira é tutelada, no ordenamento jurídico, por mais de uma norma, sendo a de mais relevância, por óbvio, a Constituição Federal. A CF/88 inaugurou uma nova ordem econômica, orientada pelos princípios constitucionais de soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (art. 170, da CF/88). Igualmente, a Carta Magna impôs o combate ao abuso do poder econômico pelo legislador infraconstitucional (art. 173, §4^a, CF/88). O diploma infraconstitucional que mais extensivamente aborda a temática concorrencial é a Lei de Defesa da Concorrência (LDF) – Lei Federal nº 12.529/2011 (versão atualizada da Lei Federal nº 8.844/1994). Esta norma estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre o escopo de atuação do Cade (BRASIL, 2011).

Na procura de algum norte sobre a(s) finalidade(s) do direito antitruste brasileiro na LDC, depara-se, desde logo, com o art. 1 no capítulo denominado “Da Finalidade”, que arrola quatro daqueles princípios constitucionais como orientadores do direito concorrencial brasileiro, (i) livre iniciativa, (ii) livre concorrência, (iii) função social da propriedade e (iv) defesa dos consumidores, bem como replica a determinação de (v) repressão ao abuso de poder econômico.⁵

Ademais, analisando os §§5º e 6º do art. 88 do mesmo diploma, extrai-se como outros objetivos da concorrência no Brasil (vi) o bem-estar do consumidor (entendido como excedente do consumidor) e (vii) a eficiência econômica.⁶ Isso porque o Cade é autorizado a aprovar Atos de Concentração (“AC”), que deveriam ser proibidos por violar a livre concorrência, se presentes duas condições cumulativas: (1) alguma das eficiências das alíneas ‘a’ a ‘c’ do inciso I do §6º e, (2) necessariamente, excedente do consumidor.

É por isso que Jasper (2019, p. 181) conclui que a legislação parece indicar “objetivos difusos” do antitruste nacional, i.e., liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores/bem-estar do consumidor, repressão ao abuso do poder econômico e eficiência.

Interessante que, a partir de uma apuração dos precedentes do Cade, realizada em 2019, o autor vai adiante e afirma que a jurisprudência do Cade não foi capaz de articular, de forma

5 Note-se que, alguns estudiosos fazem críticas à redação desse artigo, vez que, mesmo que esses princípios sejam compreendidos como os objetivos a serem atingidos por meio da implementação da lei (e não apenas como fundamentos), trata-se de conjunto bastante diversos, composto de conceitos fluídos e até, por vezes, conflitantes (JASPER, 2019, p. 180).

6 Art. 88, § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: **a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico** (BRASIL, 2011, grifo nosso).

expressa, um objetivo ou conjunto de finalidades para a defesa da concorrência no Brasil. Dos 13 precedentes localizados que apresentaram aderência ao tema, observou-se uma lista de objetivos difusa: 6 menções ao bem-estar do consumidor, 3 menções para a proteção da concorrência, 3 menções para a proteção dos mercados, 2 menções para eficiência, 2 menções para o bem-estar econômico, e 2 menções para efeitos sociais (JASPER, 2019, p. 188).

Diante desse cenário, concorda-se com o autor que uma maior clareza sobre a(s) finalidade(s) do antitruste brasileiro seria um passo na direção de maior segurança jurídica e estabilidade (JASPER, 2022, p. 112). Todavia, esse artigo não tem o objetivo de perseguir qual é ou quais são os objetivos do direito concorrencial brasileiro. O que se procura, na verdade, é definir minimamente a que se destina a lei antitruste, a fim de analisar se o uso do *leverage* regulatório pelo Cade é, ou à que medida seria, compatível com a sua atuação. Para esse fim, portanto, adotar-se-á o entendimento articulado pelo autor, sobre a finalidade da lei antitruste brasileira se prestar àqueles objetivos difusos acima apontados.⁷

Enfim, cabe mencionar que a finalidade do direito antitruste no Brasil não se confunde com o objetivo do Cade e o seu escopo de atuação. Parte-se do pressuposto que a autarquia concorrencial brasileira atua de forma a concretizar os objetivos estabelecidos na lei, ou seja, garantindo um mercado em que a concorrência não está restringida por agentes econômicos com poder de mercado, com mercadorias e preços acessíveis ao consumidor, reprimindo condutas abusivas (e.g., aumento arbitrário de lucros), etc.

Para tanto, o Cade tem as suas atribuições, meios pelos quais busca alcançar os propósitos pré-estabelecidos pela LDC. Atribuiu-se ao Cade três funções: (i) preventiva, por meio da análise e aprovação *ex ante* de atos de concentração que possam colocar em risco a livre concorrência; (ii) repressiva, pela investigação e sanção de ilícitos concorrenciais com efeitos nocivos à livre concorrência; e (iii) educativa, mediante a disseminação da cultura da livre concorrência (BRASIL, 2021).

A partir da análise das finalidades da lei de defesa da concorrência no Brasil, do objetivo da atuação do Cade e do seu escopo de atuação, passa-se a analisar quando que a atuação da autarquia concorrencial brasileira pode ser considerada abusiva.

2.2. Vedação à atuação abusiva pelo Cade

Quando o Cade desempenha as suas funções no âmbito da sua competência e dos objetivos da lei antitruste, ele nada mais está do que praticando atos administrativos. Isso é verdade, pois, de acordo com a doutrina, “o ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa” (JUSTEN FILHO, 2023, p. 479). Portanto, a atividade do Cade também deve respeitar os elementos constitutivos do ato administrativo. Para fins desse artigo, analisar-se-á apenas os elementos sujeito e finalidade, porquanto são os mais relevantes para fins do *leverage* regulatório.

⁷ Especificamente quanto à livre concorrência, adotar-se-á o entendimento exarado pelo Cade, de que se trata da capacidade de agentes econômicos competirem entre si com certa igualdade e, para tanto, a concorrência não pode ser restringida ou subvertida por agências econômicas com poder de mercado. O Cade vai além e diz qual o resultado esperado em um mercado em que há concorrência entre os produtores de um bem ou serviço: (i) menores preços para os consumidores e (ii) o estímulo à criatividade e à inovação das empresas, que buscam formas eficientes para aumentar os seus lucros (BRASIL, 2016a).

O sujeito do ato administrativo deve ser capaz e ter competência para a prática do ato administrativo, isto é, deve agir mediante atribuição normativa da legitimação para a prática de um determinado ato. A regularidade quanto à competência do agente, portanto, é requisito essencial para a existência e a validade do ato administrativo (JUSTEN FILHO, 2023, p. 535).

Nesse sentido, o Cade só pode atuar mediante as liberdades impostas à autarquia pela LDC (i.e., suas atividades preventiva, repressiva e educativa), por intermédio dos instrumentos dispostos pela letra de lei. Caso pratique atos específicos que vão além da sua competência, extrapola-se sua função. Configura-se, portanto, um vício de competência, modalidade de abuso de poder.

Da mesma forma, o ato administrativo deve cumprir com o requisito da sua finalidade, que é a própria consequência por ele visada. Haja ou não a explicitação da finalidade do ato administrativo, deve haver sempre controle quanto a ela. Quando uma entidade pública se vale de competência de que é titular para realizar função diversa daquela a que se destina tal competência, incorre em desvio de poder/finalidade (JUSTEN FILHO, 2023, p. 550).

Conforme explicado no subcapítulo supra, o Cade opera visando uma multiplicidade de objetivos, quais seja, liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores/bem-estar do consumidor, repressão ao abuso do poder econômico e eficiência.

Tendo em vista esse grande leque de finalidades atrelados à lei antitruste, fica difícil pensar na possibilidade de o Cade atuar visando qualquer outro objetivo específico. Nesse sentido, Carvalho (2021, p. 868) aponta que “*não se vai encontrar, até o momento, uma decisão do Cade em que não tenha sido feito um esforço interpretativo, pelo menos quando não era óbvio o enquadramento, para demonstrar que o arcabouço interpretativo mobilizado não estourada a bolha da PDC [Política de Defesa da Concorrência]*”.

Todavia, no caso de isso acontecer, a autarquia poderá incorrer no vício de abuso de direito por desvio de poder/finalidade.

Como o abuso de poder não é compatível com as regras da legalidade, uma vez constatado o abuso, é necessário repará-lo, mediante revisão administrativa ou penal (CARVALHO FILHO, 2015).

3. O INSTITUTO DO LEVERAGE REGULATÓRIO E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

De acordo com o dicionário Houaiss (2002, p. 452), *leverage* diz respeito a “*ação, efeito ou força de uma alavanca; sistema de alavancas; influência, poder*”. Similarmente, o *Black’s Law Dictionary* (GARNER, 2014) define o termo como uma “*vantagem posicional que pode ajudar alguém a obter o que quer de outrem*”.⁸ Com efeito, o termo *leverage* se refere ao ato de uma parte explorar uma posição de poder que detém para obter uma vantagem sobre uma contraparte.⁹

A exploração de vantagem decorrente de posição de poder, por óbvio, é observada em diversos tipos de áreas, inclusive no ramo do Direito. Nesse ramo, por sua vez, o *leverage* pode ser

8 Tradução livre de “[p]ositional advantage that may well help a person get what he or she wants from others [...]”.

9 Tradução livre de “Leveraging” refers to one party exploiting a position of power to gain an advantage over a counterparty” (KOVACIC; HYMAN, 2016, p. 1165).



exercido tanto pelo setor privado, quando pelo público.

No âmbito do direito concorrencial, o *leverage* em sua forma privada recebe o nome de “*Private Sector Leveraging*” e ocorre quando um monopolista usa o poder que possui em um mercado para monopolizar outro mercado, através da indução ou encerramento de vendas neste mercado (FELDMAN, 1999, p. 2081). É frequentemente discutido em casos de venda casada (“*tying*”), em que uma empresa passa a vender o Produto A apenas com a condição de que o comprador adquira também o Produto B, ou concorde em não adquirir o Produto C de outro fornecedor (KOVACIC; HYMAN, 2016, p. 1165).

Um outro exemplo, bastante em voga atualmente, é o *leverage* dos proprietários de plataformas digitais para se alavancarem em vários mercados online. É o caso da Google que opera o Online Search, um mecanismo de pesquisa geral na internet utilizado por uma proporção significativa das pesquisas dos usuários online do mundo inteiro. Ocorre que ao executar esse mecanismo, a Google também opera em várias linhas de negócios complementares, como serviços de mapeamento (Google Maps), serviços de comparação de compras (Google Shopping), lista de empregos online e serviços de comparação de voos (Google Flights). Seus rivais nesses negócios auxiliares se queixam que a Google aproveita da popularidade do Online Search para obter vantagens competitivas para os seus outros serviços, como, por exemplo, a concessão de exibição em destaque a seus serviços adjacentes em suas páginas de resultados de pesquisa, o que torna os links para os sites rivais menos visíveis para os usuários.¹⁰

O segundo tipo de *leverage* é exercido pelo poder público (“*Public Sector Leveraging*” ou “*Regulatory Leveraging*”, ou *leverage* regulatório), através dos seus poderes de “*gatekeeper*”¹¹, e pode tomar diversas formas.

Os poderes de *gatekeeper* que tornam o *leverage* no setor público possível, a priori, são dois: (1) entidade pública que possui autoridade de aprovação ex ante sobre algo que a entidade regulada dependa (e.g., uma licença para operar em determinado mercado ou lançar determinado produto); e (2) empresas que são obrigadas legalmente a notificar o regulador antes de uma medida contemplada (e.g., uma fusão) (KOVACIC; HYMAN, 2016, p. 1166).

Ademais, a literatura especializada não menciona, porém, é possível entender como um outro poder de *gatekeeper* a (3) faculdade da entidade reguladora de celebrar acordos premiados, com empresa investigada por condutas ilícitas, tendo como consequência a suspensão do processo e seu eventual arquivamento, uma vez que as obrigações forem cumpridas.

No que concerne às formas que o *leverage* no setor público pode tomar, Kovacic e Hyman (2016) entendem que se trata de 4 (quatro).

3.1. Leveraging entre áreas distintas de um mesmo domínio

Em primeiro lugar, a autoridade pública pode usar sua posição de poder/influência em

¹⁰ Veja-se que o uso do *leverage* por proprietários de plataformas digitais para a obtenção de vantagens competitivas é vista de formas diferentes entre a Comissão Europeia e o Department of Justice (DoJ). Em 2017, a CE considerou que este comportamento violava o art. 102, do TFUE (v. Council Regulation 1/2003, 2017 (AT.39740)). Em contrapartida, o FTC encerrou uma investigação semelhante em 2013, entendendo que os designs de produtos da Google foram adotados para melhorar a qualidade dos resultados de pesquisa e que qualquer impacto negativo sobre os concorrenciais foi incidental ao propósito de fornecer aos usuários um conteúdo mais rico mais rapidamente (v. FTC File Number 111-0163 (Jan. 3, 2013)) (TODD, 2019).

¹¹ Equivalente ao termo “guardiões” em português.

áreas distintas dentro de um único domínio normativo/político (e.g., o antitruste), para alterar comportamento dos agentes econômicos ou obter concessões.

Como exemplo prático, os autores mencionam o acordo firmado entre o *Federal Trade Commission* – FTC (“FTC”)¹² e a Robert Bosch GmbH (“Bosch”), que concordou em abandonar um antigo pedido cautelar contra a SPX Service Solutions U.S. LLC, para que a empresa licenciasse suas patentes observando o modelo FRAND,¹³ a fim de obter, em contrapartida, aprovação mais rápida da sua fusão com a SPX Service Solutions U.S. LLC (“SPX”) (KOVACIC; HYMAN, 2016, p. 1169). O b s e r v e - se que FTC tinha competência para revisar, separadamente, tanto a alegação da suposta conduta anticompetitiva da SPX, sob a Seção 5 do FTC Act, quanto para analisar a fusão submetida para aprovação, sob a Seção 7 do Clayton Act. Todavia, tudo leva a crer que essas duas questões distintas – a antiga, sobre licenciamento, e a mais recente, a fusão – foram resolvidas simultaneamente, como um pacote, vez que foram divulgadas no mesmo *press release* (FTC ORDER..., 2012).

Nesse sentido, é crível que o FTC utilizou da sua influência sob a fusão pretendida pela Bosch, que tinha grande interesse em uma aprovação mais rápida, para resolver também a questão da conduta anticoncorrencial SPX pela recusa de licenciamento de suas patentes sob termos FRAND.

A questão que permanece é: a alegação da Bosch contra da SPX teria sido apurada e resolvida nos mesmos termos e dentro do mesmo prazo se o FTC tivesse lidado com essa questão de forma independente, i.e., se a Bosch não tivesse uma fusão pendente perante o FTC?

3.2. *Leveraging* entre dois domínios por uma autoridade com múltiplos propósitos

Ademais, uma autoridade multifuncional pode exercer seu *leverage* em domínios normativos/políticos distintos dentro de seu portfólio de funções.

É o caso do FTC, que ponderou se poderia utilizar os processos de análise das fusões Google-SoubleClick ou Google-AdMob para incluir uma avaliação da proteção de dados e das políticas de privacidade da Google (KOVACIC; HYMAN, 2016, p. 1170).¹⁴

Igual ao caso anterior, o FTC também tinha autoridade legal para ambas as atividades, ou seja, analisar as propostas de fusão da DoubleClick e da AdmMob pelo Google, pelo *Bureau of Competition*, e investigar a proteção de dados e as políticas de privacidade da Google, pelo *Bureau of Consumer Protection*.

O assunto era controverso, principalmente dentro do FTC: enquanto alguns funcionários entendiam que os processos de análise das fusões consistiam na oportunidade perfeita para extrair concessões apropriadas do Google para garantir que os interesses dos consumidores fossem protegidos, outros funcionários levantaram diversas preocupações com o uso desse *leverage*, tal qual o fato de que o real propósito da revisão de fusões e aquisições é identificar e remediar transações que prejudiquem a concorrência, e não servir como um meio de atingir outros objetivos da agência.

Diante desse cenário, o FTC acabou pendendo para o segundo grupo de funcionários e concluiu

12 O FTC é a autoridade encarregada de regulamentar a livre concorrência nos Estados Unidos.

13 FRAND: fair, reasonable and non-discriminatory licensing.

14 Apesar do FTC ser responsável pela análise de atos de concentração, pelo *Bureau of Competition*, e proteção de dados e privacidade, pelo *Bureau of Consumer Protection*, entendeu que não tinha autoridade legal para bloquear as fusões ou condicionar a aprovação por motivos não concorrenciais.

que a análise das fusões requeridas não poderia ser usada como pretexto para investigar a proteção de dados e as políticas de privacidade da Google, i.e., as fusões não deveriam ser condicionadas a aprovação por motivos não concorrenciais.¹⁵

3.3 Leveraging entre dois domínios exercidos por autoridades diferentes

Uma terceira forma que o *leverage* regulatório poderia tomar consiste em uma agência usar o poder de *gatekeeper* de outra agência para obter alguma concessão de um agente econômico sujeito à supervisão de ambas as agências.

Esse tipo de influência foi usado pelo Consumer Financial Protection Bureau (“CFPB”), uma agência localizada dentro do Federal Reserve,¹⁶ que aproveitou que a Ally Financial estava buscando aprovação regulatória do próprio Federal Reserve para se converter de uma *holding* bancária para uma *holding* financeira, para forçar um acordo em que a Ally concordou em pagar US\$ 100 milhões e oferecer taxas abaixo do mercado para minoritários (KOVACIC; HYMAN, 2016, p. 1172).

Embora o CFPB não tivesse autoridade regulatória sobre instituições financeiras, decidiu investigar se as carteiras de empréstimos de financiadores indiretos, como a Ally Financial, indicavam que as instituições financeiras estavam oferecendo condições menos favoráveis aos tomadores de empréstimos minoritários. Diante desse cenário, o ex-CEO do banco afirma que o CFPB ameaçou atrapalhar os esforços do banco para obter as principais aprovações regulatórias de que precisava se não concordasse em resolver as acusações fora do tribunal (SPERRY, 2016).

O CFPB, portanto, utilizou da necessidade da Ally Financial de obtenção de aprovação regulatória do Federal Reserve como um incentivo para resolver a disputa que tinha com o banco. Não fosse a necessidade da licença da Ally, parece muito improvável que o CFPB teria conseguido, ao mesmo tempo, extrair US\$ 100 milhões e uma mudança comportamental do banco.

3.4. Leveraging sob o pretexto de “interesse público”

E, por fim, uma autoridade pode usar de seu encargo de promotor do “interesse público” para alcançar compromissos que não são autorizados por comandos legais mais específicos.

Sob esse contexto, por exemplo, o Federal Communications Commission – FCC¹⁷ já utilizou, por diversas vezes, processos de revisão de fusões para fazer com que agentes econômicos cumpram com requisitos que não conseguiria impor por meio de regulamentação direta. O FCC utilizou essa estratégia para forçar a Charter Communications a incluir padrões de neutralidade da rede,¹⁸ imposição que não conseguiu sucesso por meio de regulamentação direta (KOVACIC; HYMAN, 2016, p. 1176).

Diante do exposto, a presença dessa influência no âmbito do Direito Antitruste permite que

15 “The Commissioners further wrote that “as the sole purpose of federal antitrust review of mergers and acquisitions is to identify and remedy transactions that harm competition,” the FTC lacks the legal authority to block the transaction on grounds, or require conditions to this transaction, that do not relate to antitrust.” (FEDERAL TRADE COMMISSION..., 2007).

16 Responsável por controlar a política monetária norte-americana.

17 O FCC é a autoridade responsável por regular as comunicações interestaduais e internacionais por meio de cabo, rádio, televisão, satélite e fio.

18 Mediante acordo com o DoJ e FCC, a Charter concordou em (i) abandonar por um tempo várias práticas comuns da indústria que o governo temia que pudessem ameaçar o crescimento de provedores de vídeo online rivais, como a Netflix; (ii) não impor limites de dados ou cobrar dos clientes de internet de banda larga com base no uso de dados; (iii) expandir seu acesso de banda larga a dois milhões de residências (RAMACHANDRAN; MCKINNON, 2016).

a autoridade concorrencial assegure resultados que talvez não conseguiria de outra forma, dentro de um menor período de tempo, ou que alcance esses resultados sem que precise recorrer a outras ferramentas mais caras ou arriscadas.

4. A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE O LEVERAGE REGULATÓRIO E A ATUAÇÃO DO CADE NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Igualmente à diversas agências reguladoras, o Cade também detém poderes de *gatekeeper* por meio das funções que exerce no escopo da sua atuação de garantir as finalidades da lei antitruste nacional (v. capítulo 2.1).

Especificamente, possui a competência de aprovar *ex ante* atos de concentração que cumprem com os requisitos da lei, às vezes mediante celebração de Acordo em Controle de Concentrações – ACC¹⁹ (o que aumenta ainda mais seu *leverage*), e a faculdade de celebrar acordos com empresas investigadas por práticas de ilícito concorrencial, tendo como consequência o arquivamento do processo.

Por óbvio, consegue-se pensar na possibilidade desses poderes serem utilizados pela autarquia para infiltrar obrigações concorrenciais mais amplas, ou de impor obrigações adicionais aos agentes econômicos, visando objetivos inerentes ou alheios àqueles consagrados na legislação concorrencial, nos contextos de obtenção de aprovação ou de uma aprovação mais rápida de um AC, ou ainda, de arquivamento de alguma investigação para imposição de sanção administrativa.

4.1 Jurisprudência ainda muito incipiente

Conforme ver-se-á abaixo, até o momento, foram poucas as vezes em que o Cade já utilizou, ou tentou utilizar, do seu *leverage* de autarquia concorrencial brasileira por meio de seus poderes de *gatekeeper*, através das suas funções preventivas e repressivas, para atingir outros objetivos além daqueles dispostos na lei antitruste nacional ou obter vantagens.

Cabe, adiante, analisar se o exercício dessa influência foi executado de forma adequada.

4.1.1. ACC negociado na compra da Estácio pela Kroton Educacional

Em 31/08/2016, a notificação de operação de aquisição do controle da Estácio Participações S.A. (“Estácio”) pela Kroton Educacional S.A. (“Kroton”), por meio de uma incorporação de ações, foi submetida para a análise e aprovação do Cade. A possibilidade de fusão das duas maiores empresas de ensino privado, formando uma enorme empresa no setor de educação, com alta concentração do mercado, suscitou preocupações concorrenciais,²⁰ de maneira que foi reprovada pela maioria do Plenário do Tribunal do Cade, na 107ª Sessão Ordinária de Julgamento (“SOJ”).

Note-se, contudo, que as empresas tentaram até o último minuto negociar um ACC com o gabinete da relatora que permitisse a aprovação da operação. O ACC, previsto no art. 125 do

¹⁹ De acordo com o Guia H do Cade, Acordo em Controle de Concentrações – ACC é um instrumento utilizado em atos de concentração sempre que, mesmo resultando na eliminação da concorrência, restar demonstrado que a imposição de restrições restabelecerá o bem-estar dos consumidores e a eficiência econômica (BRASIL, 2016b).

²⁰ Segundo dados apresentados pelo Cade, a operação resultaria em sobreposições na oferta de cursos superiores de graduação e pós-graduação, na ordem de grandeza de 17% do mercado de educação presencial, e 46% do mercado de educação superior à distância (BRASIL, 2017).



Regimento Interno do Cade (“RICADE”),²¹ é um instrumento utilizado para a imposição de remédios que constituem condição necessária para a operação do ato de concentração, os quais podem ser negociados pelas próprias partes interessadas ou designados unilateralmente pelo próprio Tribunal (BRASIL, 2018a).

A proposta de ACC originalmente contemplava remédios estruturais, como desinvestimento de ativos e alienação de marca. Em que pese a relatora estar de acordo com a proposta apresentada, os demais do Conselho entenderam como sendo insuficiente. Isso porque os remédios propostos não endereçavam em magnitude e nem em qualidade o nível de competição suprimido nos mercados relevantes (BRASIL, 2017).²² Os outros conselheiros também refutaram o ACC sob o argumento de que não há eficiências que justifiquem essa operação (BRASIL, 2017).²³

A partir daí as discussões com o gabinete foram interrompidas e a parte relativa à implementação do ACC foi suspensa.

Quando do julgamento do AC, a Relatora Conselheira do caso, Cristiane Alkmin, rejeitou o ACC tal como foi apresentado e argumentou em seu voto pela aprovação da fusão das empresas, com a imposição de (além daqueles remédios estruturais negociados com as requerentes) restrições unilaterais, em sua maioria comportamentais, dentre eles, a criação de metas de resultado para a qualidade do ensino da Kroton por 5 anos.²⁴

Segundo a relatora, os remédios por ela propostos eram não só robustos, na medida em que endereçavam os problemas concorrenciais originados pela fusão entre a Kroton e a Estácio, como também eram eficazes, vez que seriam capazes de diminuir as barreiras à entrada e repassar as eficiências para a sociedade (BRASIL, 2017).²⁵ Esse entendimento, contudo, não foi albergado pelos demais conselheiros, que rejeitaram a sugestão da relatora por maioria.

O intuito desse artigo não é analisar se os remédios propostos de fato conseguiriam solucionar de forma suficiente os problemas concorrenciais apresentados pela fusão. O que se pretende demonstrar aqui é que houve, quando da sugestão da proposta dos referidos remédios unilaterais pela Conselheira, especificamente aquele supramencionado, a pretensão de utilização do poder de *gatekeeper* do Cade da análise *ex ante* de ACs, para atingir um objetivo que, caso não fosse a submissão à análise pelo Cade do AC da fusão Kroton/Estácio e a faculdade do Cade de impor remédios de forma unilateral, dificilmente a autarquia concorrencial teria outra oportunidade de se envolver na qualidade de ensino das empresas.

Em outras palavras, a conselheira visava utilizar o *leverage* do Cade, de imposição de restrições unilaterais, como uma ocasião (e oportunidade) para viabilizar um AC que, mesmo apresentando inúmeros riscos concorrenciais e cujas eventuais eficiências pareciam não compensar

21 Art. 125. O Cade poderá receber propostas de Acordo em Controle de Concentrações - ACC desde o momento da notificação até 30 (trinta) dias após a distribuição do Ato de Concentração ao Conselheiro-Relator (BRASIL, 2020a).

22 Voto-vogal do Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, par. 32.

23 Voto-vogal do Conselheiro João Paulo de Resende, par. 124.

24 Os outros remédios são: (i) medidas necessárias para garantir que alunos atuais concluam seus estudos com a marca Anhanguera; (ii) proibição de expansão da Kroton no EAD nos mercados relevantes; (iii) proibição de comprar concorrentes por 5 anos; (iv) publicidade vedada por um ano; (v) vedação de venda para empresa sem experiência no setor de educação; (vi) obrigação de venda de manutenção, e não da mantida; (vii) contratação de um trustee; (viii) manter os níveis de investimentos nos ativos; (ix) consumação da operação apenas após os desinvestimentos. Voto da relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, par. 19, par. 541 (BRASIL, 2017).

25 *Ibidem*, par. 542.

todos os problemas, incrementaria a qualidade do ensino do grupo educacional.²⁶ A sua motivação advinha do fato de que a Kroton e a Estácio não estavam bem posicionadas nos indicadores de qualidade ICG e IDD, quando comparadas com outras instituições de ensino superior (BRASIL, 2017).²⁷

O uso dessa influência do Cade fica ainda mais evidente quando a Conselheira declara que, não fosse a submissão (e eventual aprovação) desse AC via imposição de remédios unilaterais, “de outra forma não haveria” a adoção de metas de qualidade pelo grupo educacional. A Conselheira, inclusive, confessa que a sua intenção ao propor tais restrições não era de “salvar a operação”, mas a “certeza de que as restrições seriam muito benéficas para os brasileiros, em especial para os alunos” (BRASIL, 2017).²⁸ Ao seu ver, o Cade “perdeu uma excelente oportunidade para [...] melhorar a vida dos alunos (que teriam a qualidade do ensino garantida, além de outros benefícios) e a dos alunos do ensino fundamental e médio pobres do Estado do Rio de Janeiro” (BRASIL, 2017).²⁹ Ou seja, a conselheira não queria endereçar, por meio dos remédios unilaterais, os problemas identificados decorrentes do AC, mas sim intervir na qualidade de ensino da Kroton.

Dito tudo isso, mesmo que a fusão não tenha sido aprovada pelo Cade, trata-se sim da *genesis* do exercício de *leverage* regulatório pela agência da concorrência brasileira.

O que se propõe adiante é analisar se a pretensão da utilização do *leverage* regulatório do Cade no caso em tela ocorreu de forma correta, ou seja, respeitando a teoria dos atos administrativos, especificamente os requisitos de competência e finalidade. Para tanto, deve-se responder às seguintes perguntas: (1) O Cade tinha competência legal para instituir metas de qualidade às requerentes, mediante imposição unilateral de remédios, mesmo às custas de um AC eivado de vários riscos concorrenciais e, portanto, inviável?; (2) O Cade, quando da pretensão de impor tais metas de qualidade, atuou visando algum do(s) objetivo(s) estipulado(s) na legislação concorrential?

Veja-se que é possível questionar se o remédio comportamental referente ao compromisso de atendimento de metas de qualidade do curso ou da instituição – mesmo que muito bem-vindo e, com certeza, atrelado à finalidade da LDC de maximizar o bem-estar do consumidor (aluno) e da sociedade de forma geral – está associado ao campo de competência do Cade.

Fica nítido para o leitor a opinião da ex-Conselheira Cristiane Alkmin sobre o assunto: “o órgão antitruste não pode abrir mão de impor metas nos resultados de qualidade destas instituições, se houver a aprovação, pois a operação não pode derivar em perda de qualidade para o aluno (medida por IGC, CI e CC).” (BRASIL, 2017).³⁰

Apesar disso, a instituição isolada (i.e., não inerente à perseguição de eficiências no âmbito de um AC pelo Cade) de metas de qualidade no mercado de educação no Brasil parece ser, na verdade, de competência exclusiva do MEC, extrapolando as competências conferidas ao Cade. Ou seja, não caberia ao Cade, no processo de análise de um AC cuja aprovação é desaconselhável,

26 “[...] trazer melhorias tangíveis para os alunos, para os professores e para as instalações das suas instituições das suas IES.” Voto da relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, par. 513 (BRASIL, 2017).

27 Ibidem, par. 169.

28 Ibidem, par. 509.

29 Ibidem, par. 515.

30 Ibidem, p. 173.



impor às requerentes melhorias no seu sistema de educação. É, na verdade, competência do MEC, mediante suas atribuições, estabelecer essas diretrizes.

Essa preocupação foi, inclusive, trazida pelo Presidente Alexandre Barreto de Souza, em seu voto-vogal, que ao listar suas razões pelas quais os remédios propostos não seriam aceitáveis, aponta que os remédios comportamentais, tal qual a imposição de metas de qualidade de ensino, podem adentrar na esfera da regulação estabelecida pelo Ministério da Educação, cuja efetividade dependeria de uma cooperação interinstitucional (BRASIL, 2017).³¹

Conforme dispõe o site do Ministério da Educação – MEC, o órgão faz parte da Administração Pública federal direta e tem como área de competência a educação em geral, compreendendo todos os seus níveis, e a política nacional de educação (BRASIL, 2020b). De acordo com a Lei nº 13.005/14, que aprovou o Plano Nacional de Educação – PNE, uma das diretrizes estabelecidas é justamente a qualidade da melhoria da educação (inciso IV, art. 2) (BRASIL, 2014). No mesmo diapasão, em conformidade com o Decreto nº 10.195/19, que criou a Estrutura Regimental do MEC, são quatro os níveis hierárquicos, que atuam de forma articulada, na definição de políticas e ações para a ampliação e melhoria da qualidade da educação brasileira.

Para piorar, a própria relatora do caso diz que a meta de qualidade pretendida por ela é uma meta que nem o MEC impõe (BRASIL, 2017).³²

E, mesmo que o Cade tivesse competência para estipular metas de qualidade de ensino, foi entendimento majoritário do Conselho que o AC não estaria apto a aprovação, pois a somatória dos remédios apresentados pelas empresas e dos impostos unilateralmente pela relatora não eram satisfatórios para solucionar as preocupações identificadas, tampouco havia eficiências específicas e verificáveis que poderiam ser repassadas ao consumidor.

Sendo assim, é entendimento da autora desse artigo que, o exercício do *leverage* do Cade no caso analisado incorreu em um vício do ato administrativo de abuso de poder. Como exposto no item 2.2 deste trabalho, o abuso de poder é gênero das espécies excesso de poder (vício de competência) e desvio de finalidade (vício de finalidade). O excesso de poder diz respeito à atuação do agente público sem competência para tanto, seja por sua total ausência, seja por extrapolar os limites da competência que lhe foi legalmente atribuída. Ao passo que o desvio de finalidade trata da autoridade que age dentro dos limites da sua competência, mas o ato não atende ao interesse público, ferindo os objetivos pretendidos pela norma legal (SOUZA, 2005, p. 212).

O Cade, representado pela relatora Conselheira, invadiu a competência do MEC quando, deixando complementemente de lado o objetivo do ACC de viabilizar a aprovação do AC, agiu tão-somente no intuito de fomentar a qualidade da educação no país ao estipular metas de qualidade às requerentes do caso concreto – mesmo que a medida fosse aumentar o bem-estar do consumidor e, pois, estava atrelada aos objetivos que se entendem perseguidos pela legislação concorrencial nacional.

Sendo assim, apesar da relatora Conselheira ter agido corretamente ao utilizar o poder de *gatekeeper* do Cade para impor remédios via imposição unilateral de restrições a fim de atingir uma das finalidades da lei antitruste brasileira – maximização do bem-estar do consumidor –, extrapolou os limites da sua competência, e esbarrou na competência do MEC e, pois, incorreu em

31 Voto do Presidente Alexandre Barreto de Souza, par. 13.

32 Voto da relatora Conselheira-relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, par. 512.

uma das formas de abuso de poder (excesso de poder).

4.1.2. Celebração de TCCs entre CADE e Petrobras para venda de refinaria de petróleo e de ativos no mercado de gás natural

O uso do *leveraging* do Cade é ainda mais evidente no contexto dos inquéritos instaurados em 2019, para apurar eventual abuso de posição dominante e discriminação de concorrentes por parte da Petrobras nos mercados nacionais de refino de petróleo e de gás natural.

No primeiro caso, uma investigação foi instaurada a fim de avaliar se a política de preços para gasolina e óleo diesel adotada pela companhia, para alinhar os preços domésticos com as movimentações no mercado internacional e atrair empresas parceiras a partir de 2016 (“Nova Política de Preços”), de alguma forma feria a LDC. No segundo caso, a investigação foi necessária para apurar descontos unilaterais sobre o preço do gás que estariam gerando supostas vantagens competitivas a sua subsidiária Gás Brasileiro Distribuidora S.A, em detrimento da Comgás (BRASIL, 2019b).

No âmbito desses processos, a Petrobras propôs a celebração de Termos de Compromisso de Cessação de Prática – TCC para encerrar essas investigações, mediante o comprometimento da própria companhia de privatizar cerca de 50% de seu parque de refino, na forma da venda integral de 8 unidades produtivas (execução de desinvestimento voluntário) (BRASIL, 2019a), com sua concordância com a regra que vedou a compra desses ativos em conjunto por um mesmo comprador ou por empresas do mesmo grupo econômico,³³ bem como vender diversas transportadoras de gás, bem como alienar sua participação acionária indireta em companhias distribuidoras.³⁴

O Plenário do Tribunal do Cade homologou ambos os acordos na 144ª SOJ (11/06/2019), apesar dos votos pela não homologação do Requerimento de TCC referente à investigação no mercado de refino de petróleo, proferidos pelos Conselheiros João Paulo de Resende e Paula Farani de Azevedo Silveira.

Na celebração desses acordos, o Cade, ao contrário do caso anteriormente citado em que houve uma tentativa, logrou êxito em fazer uso do seu *leverage* regulatório.

Como visto anteriormente, a LDC atribuiu à autoridade concorrencial brasileira uma posição de *gatekeeper*. Dentre outros, estipulou no seu art. 85, a faculdade do Cade de, mediante um critério de oportunidade e conveniência, caso entender que o compromisso atende aos interesses protegidos na lei, celebrar TCC para cessar (i) prática sob investigação ou (ii) dos seus efeitos lesivos.³⁵ Nesse sentido, reafirma-se a força repressiva do Cade, fazendo cessar condutas anticoncorrenciais, e, há o recolhimento de expressivos volumes monetários a partir desse tipo de acordo, à título de reparação de danos. Ao mesmo tempo, para o infrator, suspende-se a tramitação do procedimento instaurado contra ele, que poderia trazer a ele condenação final muito maior que a contribuição pecuniária do TCC, sem contar o prejuízo a sua imagem.

33 TCC “Petrobras/refino de petróleo”, Cláusula 4.2.

34 TCC “Petrobras/gás natural”, Cláusula 2.1.

35 Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado **compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos**, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Nos referidos casos, o que se viu na prática, portanto, foi a utilização pelo Cade dessa sua aptidão de poder arquivar as investigações contra a Petrobras, empresa investigada por suposta prática de infração à ordem econômica, mediante celebração de TCCs. Todavia, os acordos não foram firmados com o objetivo delineado no art. 85 da LDC, ou seja, de cessar a prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos. Na verdade, o intuito por trás da celebração do acordo pelo órgão foi de viabilizar um objetivo concorrencial mais amplo, qual seja, uma agenda de abertura concorrencial nos setores de refino de petróleo e de gás natural e impedir a ocorrência futura dos mesmos fatos investigados.^{36,37}

O Cade viu, pois, uma oportunidade de endereçar, de forma célere, as principais questões apontadas como problemáticas em várias investigações conduzidas pela autarquia, principalmente em relação à baixa disputa e baixa atratividade nos mercados de refino e gás natural (decorrente do monopólio desenvolvido naturalmente pela Petrobras), para melhorar as condições concorrenciais na cadeia como um todo.

Veja-se que, esta medida tem respaldo técnico nos autos do Cade. A Nota Técnica nº 37/2018/DEE, elaborada pelo Departamento de Estudos Econômicos do Cade ao Grupo Técnico CADE/ANP de trabalho para debater os setores de combustíveis, analisou a estrutura do mercado de refino com foco nos desinvestimentos propostos e concluiu que tamanha concentração de mercado pela Petrobras facilita a manipulação de preços e, por consequência, são bem-vindas as iniciativas de desinvestimentos da Petrobras, com a inclusão de sugestões pontuais (BRASIL, 2018b).

No que tange, todavia, à adequação ou inadequação do exercício do *leverage* pelo Cade nesses casos, a discussão é mais complexa do que no caso anterior. Para abrir o debate, imprescindível mencionar que a celebração desses TCCs entre o Cade e a Petrobras repercutiram muito no mundo jurídico. O primeiro TCC, inclusive, foi alvo de ação popular (processo nº 1045614-30.2020.4.01.3400), que tramita na 16ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, cujo objetivo é a declaração de nulidade do acordo, na medida em que diversos dos seus pontos teriam exorbitado as competências e atribuições das partes (DISTRITO FEDERAL, 2022).

A começar pelas críticas dos próprios membros do Conselho, o Conselheiro João Paulo de Resende questionou: (i) que o TCC foi o resultado de uma decisão do governo e da Petrobras de privatizar cerca de 50% da sua capacidade de refinamento, e não devido a um acordo firmado entre os mesmos resultante de uma investigação; (ii) que o processo investigativo ainda se encontrava em estágio bastante inicial, tendo avançado pouco sobre se houve de fato uma conduta e se essa seria considerada uma infração concorrencial; (iii) se poderia o Cade abrir um processo investigativo contra empresa monopolista e, sem definir o mercado relevante, demandar a adoção de uma série de desinvestimento para introduzir a concorrência no setor; e (iv) que o Cade não examinou a questão de fundo sobre a prática de preço predatório, significando que as partes que se sentiram lesadas pela conduta não teriam respostas sobre a existência das mesmas e de seus efeitos. Já a Conselheira Paula Azevedo frisou que o TCC foi celebrado sem que fosse imputada

36 “[...] propiciar condições concorrenciais, incentivando a entrada de novos agentes econômicos no mercado de refino [...]” (TCC “Petrobras/refino de petróleo”, Cláusula 1. Do objeto e da Abrangência).

37 “[...] preservar e proteger as condições concorrenciais no mercado brasileiro de gás [...], visando à abertura do mercado brasileiro de gás natural, incentivando a entrada de novos agentes econômicos no mercado de gás natural [...]” (TCC “Petrobras/gás natural”, Cláusula 1. Do objeto e da Abrangência)

uma conduta ilícita por parte da Petrobras,³⁸ incidindo em dois vícios: (i) de competência e (ii) o de finalidade.

No que concerne o vício de competência, argumenta-se que, de acordo com os contornos da defesa da concorrência no Brasil dispostos pelos art. 1 e 36, da LDC, em consonância com os art. 170 e 173, §4º, da CF/88, o Cade só poderia intervir quando houver indícios claros de abuso de poder econômico. Nesse sentido, a legislação concorrencial brasileira não permitiria o exercício do papel repressivo da autarquia sem um ato manifestado pela Petrobras que poderia vir a ser tipificado como uma infração à ordem econômica. Portanto, ausente a conduta lesiva, a celebração do TCC teria incorrido em um vício de competência.

Já com relação ao vício de finalidade, argumenta-se que os TCCs não tiveram como objetivo a cessação de qualquer prática ou de seus efeitos lesivos, até porque não havia prática imputada, mas apenas “poder econômico” ou “estrutura de mercado” sob investigação (BRASIL, 2019a). Portanto, os acordos, que tiveram como objetivo “apenas” propiciar condições concorrenciais no mercado de refino e de gás natural, incentivando a entrada de novos agentes econômicos, teriam distorcido a finalidade do art. 85 da LDC, incorrendo em vício de finalidade.

A decisão de homologação também foi alvo de impugnações de instituições do setor. É o caso, por exemplo, da Associação Brasileira dos Importadores de Combustíveis – ABICOM que embargou a decisão que deferiu o TCC referente ao setor de refino. Dentre as suas insatisfações, estão: (i) a omissão do TCC de ter se referido à ampliação da concorrência apenas ao mercado de refino, todavia sem mencionar nenhuma medida que efetivamente ampliasse a concorrência no mercado de comercialização de combustíveis; (ii) a incerteza de qual medida seria pró-competição no mercado que efetivamente se logrou êxito, pois devido à distribuição geográfica das refinarias existentes, os desinvestimentos não solucionam plenamente a questão do monopólio do refino, já que nos modais em que o atendimento é dutoviário, os desinvestimentos caracterizam-se apenas pela troca de agente econômico; (iii) a não instituição de ações de efeito imediato que possam garantir a concorrência do mercado de comercialização; e (iv) qual seria a forma de cumprimento e de avaliação do cumprimento quanto à “transparência de preços da Petrobras”, para garantir a sua efetiva fiscalização e avaliação quanto as práticas anticompetitivas.³⁹

E não se pode deixar de mencionar as críticas à homologação dos TCCs desferidas pela doutrina. Além das considerações trazidas acima, a sua natureza atípica suscitou preocupações do ponto de vista jurídico e reputacional da política nacional de concorrência: (i) a “desconstitucionalização” do direito da concorrência;⁴⁰ o CADE teria ignorado os limites legais de sua atuação, na medida em que instaurou investigação e celebrou TCC sem indícios de conduta abusiva atribuída à Petrobras. O problema decorrente disso um maior afastamento do CADE da Constituição, suscitando um maior o risco envolvimento judicial e revisão das decisões do CADE (CABRAL, 2020, p. 722).

Um (ii) segundo ponto relevante é o da “instrumentalização” do CADE pelas agendas

38 “O Inquérito Administrativo não imputou uma conduta ilícita por parte da PETROBRAS e que esta Companhia, com a assinatura deste Termo de Compromisso, não está reconhecendo a prática de qualquer ato ilícito” (TCC “Petrobras/refino de petróleo”); “Os procedimentos Administrativos não imputaram uma conduta específica por parte da PETROBRAS e que esta Companhia, com a assinatura deste TCC, não está reconhecendo a prática de qualquer ato ilícito.” (TCC “Petrobras/gás natural”).

39 TCC “Petrobras/refino de petróleo”, Embargos de Declaração da ABICOM (Sei 0630475).

40 De acordo com Luis Fernando Schuartz, um dos precursores do assunto, a desconstitucionalização do direito da defesa da concorrência decorre da existência de um direito e uma política concorrencial mais influenciada por teorias econômicas *mainstream* do que pela própria Constituição, estatutos jurídicos ou precedentes (CABRAL, 2020, p. 722).



econômicas dos governos. Em que pese tratar-se de entidade técnica e independente, foi utilizada para dar “legitimidade técnica” à decisão política e ideológica do Governo Federal à época de privatização das empresas estatais. Com isso, corre-se o risco de a agenda da autoridade concorrencial brasileira ser instrumentalizada sempre por agenda ideológica específica, atinente ao governo vigente à época (CABRAL, 2020, p. 723). Essa preocupação é verdadeira, principalmente levando em consideração que, o atual governo, anunciou sua intenção de rever os referidos acordos, deixando claro sua estratégia para empresas envolve paralisar as vendas de ativos (ARBEX; SAMOR, 2023).

Em terceiro lugar, na mesma linha que uma das críticas do Conselheiro João Paulo de Resende, (iii) esse caso revela-se um poderoso precedente que abre possibilidades de atuação excessiva do Cade, gerando insegurança jurídica aos agentes econômicos que, embora não necessariamente pratiquem conduta anticompetitiva, detenham posição dominante e, portanto, sejam obrigadas a negociar desinvestimentos desproporcionais (CABRAL, 2020, p. 724).

Em que pese as críticas desferidas aos acordos, o Presidente do Cade à época, Alexandre Barreto de Souza, justifica a manutenção da sua celebração. De início ele argumenta que, (i) a instauração das investigações se justificaria por uma situação atípica: se vislumbrou evidências suficientes para a instauração de investigação administrativa, cuja decisão foi apoiada por estudo do Departamento de Estudos Econômicos (“DEE”), que esclarece que as diversas infrações já sendo investigadas pelo CADE (recusa de venda, price squeeze, uso de cláusulas abusivas) podem decorrer de uma conjuntura problemática nos setores, e que as investigações pontuais poderiam deixar o órgão míope para a solução efetiva do problema. O CADE tem o poder-dever de instaurar procedimentos para apurar indícios de infração. A certeza de uma infração ocorre apenas no final do processo, mas a possibilidade de celebrar TCC é disponibilizada em qualquer fase processual.⁴¹

Ademais, o (ii) Cade não poderia negar um acordo que resolveria o problema concorrencial, sob a justificativa de que precisa gerar jurisprudência ou fazer estudo de caso. A decisão célere com solução com efeitos significativos e muito positivos é mais adequada do que buscar uma decisão perfeita, mas que demore. Não o suficiente, para o Cade é irrelevante quais os outros motivos que a Petrobras tinha para fazer o acordo. Bastaria ser eficiente para endereçar os problemas concorrenciais encontrados.⁴²

E, por fim, (iii) o conselheiro entende que o acordo é sim era suficiente para resolver os supostos problemas concorrenciais no mercado de comercialização de combustíveis, na medida em que o remédio adotado, no mercado de refino, reduz consideravelmente o poder de mercado da Petrobras no mercado de comercialização de combustível, e isso foi suficiente para o Tribunal.⁴³

Não bastasse, a Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (“PFE/Cade”) explica, nos autos da Ação Popular nº 1045614-30.2020.4.01.3400, que não se pode perder de vista que o TCC se assemelha a um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), pois não prescinde da presença de uma violação às normas jurídicas para ensejar a celebração dos acordos. Na verdade, a celebração desses instrumentos se justifica a partir de um juízo de discricionariedade da autarquia, desde que haja receio ou potencialidade de lesão a um bem jurídico relevante.

41 TCC “Petrobras/refino de petróleo”, Despacho Presidência nº 132/2019, p. 37/38.

42 Ibidem, par. 41

43 Ibidem, par. 52.

Nos casos ora analisados, a decisão de celebrar TCC teria partido de uma conjuntura preocupante de monopólios detidos pela Petrobras em ambos os mercados de refino de petróleo e de transporte e distribuição de gás natural, os quais ensejam situações mais propícias à prática de infrações contra a ordem econômica.

Aliás, o juiz da referida ação popular aderiu às razões da PFE/Cade e julgou improcedente a demanda, na medida em que entendeu que ao Judiciário não cabe controlar a discricionariedade técnica de políticas públicas, e não haveria elementos que pudessem conduzir a nulidade dos atos administrativos praticados pelo Cade (DISTRITO FEDERAL, 2022).

Diante de todo o exposto, a autora tomou a liberdade de esquematizar no quadro abaixo os argumentos articulados a favor e contra a celebração do TCC entre o Cade e a Petrobras nos setores de refino de petróleo e gás natural:

Quadro 1: Argumentos contra e a favor da celebração dos TCCs no âmbito do PA nº 08700.002600/2014-30, IA nº 08700.007130/2015-82 e IA nº 08700.006955/2018-22

Argumentos Contra a celebração dos TCC	Argumentos a favor da celebração do TCC
<ul style="list-style-type: none"> Os IAs estariam em estágio inicial, tendo avançado pouco sobre se houve de fato uma conduta e se essa seria considerada ilícita. 	<ul style="list-style-type: none"> A instauração das investigações se justifica por uma situação atípica: o Cade já investigava diversas supostas infrações pela Petrobras nos mercados envolvidos, o que suscitou a possibilidade de o problema ser da própria conjuntura dos mercados. O Cade tem o poder-dever de apurar indícios de infração. A certeza de uma infração ocorre apenas no final do processo, podendo ser oferecida à parte investigada a possibilidade de celebrar TCC a qualquer momento.
<ul style="list-style-type: none"> O TCC foi resultado de uma decisão do governo e da Petrobras de privatizar capacidade de refinamento. Haveria a “instrumentalização” do Cade pelas agendas econômicas dos governos. 	<ul style="list-style-type: none"> É irrelevante para o CADE os outros motivos que a Petrobras tinha para celebrar TCC. Bastou ao Tribunal que o remédio adotado no mercado de refino induziria uma redução do poder de mercado da Petrobras no mercado de comercialização de combustíveis.
<ul style="list-style-type: none"> Os TCCs ampliaram a concorrência apenas no mercado de refino, e não mencionaram medida efetiva no mercado de comercialização de combustíveis. 	
<ul style="list-style-type: none"> Repercussões para outras empresas que, apesar de serem poder econômico, não abusam da sua posição nos mercados que atuam. 	<ul style="list-style-type: none"> O Cade não poderia negar acordo sob a justificativa de que precisa gerar jurisprudência ou fazer estudo de caso.
<ul style="list-style-type: none"> Vício de competência: de acordo com o §4º do art. 173, da CF/88, o Cade só poderia intervir quando houver indícios claros de abuso de poder econômico, não permitindo o exercício do papel repressivo da autoridade sem um ato que poderia vir a ser considerado infração à ordem econômica. Uma consequência disso é a “desconstitucionalização” do direito da concorrência. 	<ul style="list-style-type: none"> O TCC se assemelha a um TAC, pois não prescinde de uma violação às normas jurídicas para ensejar a celebração do acordo. Basta o receio ou potencialidade de lesão a um bem jurídico relevante. Ao Judiciário, não caberia controlar a discricionariedade técnica de políticas públicas. Tampouco haveria elementos que pudessem conduzir a nulidade dos atos administrativos do Cade.

<ul style="list-style-type: none"> • Vício de finalidade: violação do art. 85 da LDC, vez que os TCCs não tiveram como objetivo a cessação de qualquer prática ou de seus efeitos lesivos. O objetivo foi propiciar condições concorrenciais nos mercados analisados, incentivando a entrada de novos <i>players</i>. 	<ul style="list-style-type: none"> • Partiu-se da preocupação de uma conjuntura preocupante de monopólios detidos pelas Petrobras em ambos os mercados, os quais ensejavam situações propícias à prática de infrações.
--	---

A partir da metodologia utilizada no presente artigo, especificamente para fins de verificação da adequação da utilização do *leverage* regulatório pelo Cade quando da celebração desses TCCs, deve-se analisar o cumprimento aos requisitos de competência e finalidade do ato administrativo, mediante a ponderação das seguintes perguntas: (1) O Cade tinha competência legal para celebrar os referidos acordos com a Petrobras visando a imposição de uma obrigação concorrencial mais ampla, no âmbito de sua atribuição repressiva, mesmo sem a imputação de uma conduta ilícita exata por parte da Petrobras? (2) O Cade, quando da celebração desses acordos, atuou visando algum(ns) do(s) objetivo(s) estipulado(s) na legislação concorrencial?

Todas as outras questões, i.e., a repercussão desses casos como precedentes para outras empresas monopolísticas, se os acordos firmados atingiram o resultado a que se prestaram, as motivações da Petrobras para celebrar os acordos etc., não são relevantes para o objetivo do trabalho.

Ora, observando o quadro acima exposto, é possível fazer um esforço argumentativo no sentido de que a utilização do *leverage* nos casos em tela ocorreu tanto de forma correta, quanto de forma abusiva. Todavia, a autora desse artigo pende para o lado da adequação do exercício da influência da autarquia, pelos motivos expostos a seguir.

Em atenção à primeira pergunta, a resposta é afirmativa, por 5 (cinco) motivos. Em (i) primeiro lugar, apesar de não ter sido estipulada uma conduta lesiva exata à Petrobras, o Conselho explica que havia evidências suficientes que insinuavam que, na estrutura dos mercados analisados, a companhia estava praticando atos que poderia configurar infração contra a ordem econômica. A conduta atípica de celebrar o TCC não tendo uma conduta ilícita em mente se justifica em razão de uma situação fática atípica, em razão da preocupação do CADE em fazer uma análise mais abrangente do que o de costume. Nesse sentido, a teoria econômica concorrencial prevê sim a análise de forma agregada da operação.⁴⁴

Forçosamente, poder-se-ia argumentar também que, (ii) em razão da tipicidade das infrações na LDC ser extremamente aberta, haveria um risco de delimitar aprioristicamente quais fatos poderiam ensejar ou não a realização do abuso de posição dominante pela Petrobras no caso em tela.⁴⁵

Ademais, como a própria PFE/Cade pontua, (iii) o Cade tinha a faculdade de celebrar o TCC na medida em que tinha receio de conduta anticoncorrencial da Petrobras nos setores analisados. Esse receio estava consubstanciado nas várias investigações em curso no Cade de práticas isoladas adotadas pela Petrobras, em estudo do DEE, que sugeria que as infrações poderiam decorrer de um todo que é maior do que a soma das partes,⁴⁶ e na premissa doutrinária de que a situação de haver um monopolista num dado segmento será sempre preocupante para a concorrência, vez

⁴⁴ TCC “Petrobras/refino de petróleo”, Despacho Presidência nº 132/2019, par. 40.

⁴⁵ Argumento trazido pela PFE na ação popular nº 1045614-30.2020.4.01.3400, par. 22.

⁴⁶ *Ibidem*, par. 38.

que a presença de poder econômico enseja oportunidades mais propícias à prática de infrações à ordem econômica.

Além disso, (iv) o Cade também tem discricionariedade técnica para escolher a melhor forma de endereçar o problema concorrencial analisado. Com efeito, o órgão entendeu que seria mais vantajoso cessar a(s) prática(s) imediatamente, ao invés de prosseguir com as investigações que, potencialmente, desembocariam em uma condenação administrativa, que não seria tão vantajosa para a concorrência do que a agenda de desinvestimentos de ativos da Petrobras. Nesse tema, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu que o Poder Judiciário deve deferência às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras, o Cade incluso, devido à expertise técnica e capacidade institucional em questões de regulação econômica da autarquia (BRASIL, 2019c). Em forma de pergunta, qual seria o melhor órgão brasileiro, se não o CADE, para estipular a mais adequada resposta concorrencial aos problemas inerentes aos setores de refino e gás natural?

No que tange à competência do Cade, observa-se, por fim, que (v) não parece haver um conflito entre as competências do Cade e da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível – ANP quando da celebração dos TCCs para o desinvestimento de ativos nos mercados de refino e de gás natural.

De forma sucinta, a ANP, instituída pela Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97), é o órgão público responsável pela (i) regulação das indústrias e do comércio do setor, por meio de normas infralegais; (ii) contratação, mediante a outorga de autorizações para as atividades dos setores regulados e promoção de licitações; e (iii) fiscalização da indústria petrolífera nacional, fazendo cumprir as normas nas atividades dos setores regulados. Especificamente nos setores de refino e processamento, a ANP atua autorizando empresas a construir, operar e ampliar refinarias e instalações de processamento e de armazenamento de gás natural e de produtos líquidos; já nos setores de transporte, movimentação e comercialização, tem a incumbência de regular essas atividades (BRASIL, 2023b).

No que concerne a tutela da concorrência no setor por ela regulado, a ANP também possui importante parcela de competência, não afastando, todavia, as competências do CADE e dos demais órgãos do SBDC. Isso porque a Lei de Petróleo não derogou a LDC, mas preservou as competências preventiva e repressiva do Cade, e estabeleceu um papel subsidiário à ANP frente ao Cade.

Nos termos dos artigos 8 e 10 da Lei de Petróleo, estabelece-se a interação entre a ANP e o CADE de duas formas: (i) preventiva: a participação da ANP passou a ser feita, após a instituição do sistema de análise ex ante de Acs, de forma mais objetiva, por meio de respostas a quesitos específicos formulados pelo Cade; e (ii) repressiva: quando a ANP identificar fatos que possam configurar infrações contra a ordem econômica, deve comunicá-los ao Cade para a adoção das medidas cabíveis no âmbito da LDC (BRASIL, 2023a).

A conclusão a que se chega é que a ANP possui um papel muito mais secundário, de fornecimento de dados, realização de estudos, regulamentação e fiscalização de atividades. Além disso, não parece haver impedimentos por parte do Cade de oportunizar eventual reestruturação nos mercados de refino de petróleo e gás natural, no âmbito de controle de condutas, principalmente visando a ampliação da livre concorrência e a atração de investimentos.



Cabe mencionar, ademais, que esses acordos foram negociados mediante esforços de cooperação entre a Petrobras, o Cade e ANP. Essa agência reguladora também deve atuar e tem o interesse em trazer investimentos, aumentar a capacidade de refino no Brasil e reduzir a dependência de importação pelo mercado nacional.

Diante de todo o exposto, é argumentável que o Cade não excedeu os limites a ele impostos pela Constituição e pela legislação concorrencial.

No tocante à segunda pergunta, se a autarquia concorrencial brasileira teria atuado nos limites dos objetivos estipulados pela legislação concorrencial ao celebrar os acordos com a Petrobras visando um objetivo mais amplo que aquele estipulado no art. 85 da LDC, i.e., a cessação de prática anticoncorrencial ou de seus efeitos lesivos, a resposta também é afirmativa.

Da análise dos processos do Cade, foi possível observar que a intenção do Cade ao usar o seu *leverage* regulatório era de colocar em prática uma agenda de abertura concorrencial nos mercados de refino de petróleo e gás natural, por meio do desinvestimento de parte das suas refinarias, transportadoras e distribuidoras de gás.

Com a realização dos desinvestimentos, visava-se a introdução de concorrência no setor nos mercados monopolizados e nos importadores, o que potencialmente levaria (i) à redução de concentração de mercado na oferta dos produtos, (ii) à redução dos preços praticados ao consumidor (maximização do bem-estar do consumidor), em razão da competitividade almejada, e, conseqüentemente, (iii) ao estímulo da demanda. Ademais, a privatização seria benéfica à própria Petrobras que, ao sentir uma força competitiva, teria (iv) incentivo para aumentar sua eficiência e melhor alocar os recursos por parte da estatal, em benefício da sociedade.

Com efeito, não se vislumbrou uma atuação viciada por parte do CADE no exercício do seu *leverage* nos casos em tela. Primeiro, porque os TCCs foram celebrados no exercício legítimo da sua competência, sob um juízo de conveniência e oportunidade. Segundo, porque a autoridade impôs sua influência sobre a Petrobras para estimular um ambiente mais competitivo, acontecimento que provavelmente não atingiria de outra forma. Essa conduta, por sua vez, é coerente com as missões institucionais do Cade de fomento à concorrência e à livre iniciativa, bem como de maximização do bem-estar do consumidor.

5. NECESSIDADE DE DELIMITAR O EXERCÍCIO DO INSTITUTO DO LEVERAGE REGULATÓRIO NO ÂMBITO DO CADE

Os casos do uso do *leverage* no âmbito do Cade ainda são pouquíssimos, não sendo possível estabelecer ainda os contornos que o instituto tomará ao longo do tempo.

Certamente, no entanto, a tendência é que o Cade utilize cada vez mais os poderes de *gatekeeper* que possui para conseguir obter vantagens/objetivos, justamente pela facilidade que possui decorrente da competência de aprovar *ex ante* atos de concentração, às vezes mediante ACC, ou ainda à luz da possibilidade de celebrar acordos com empresas investigadas por prática de ilícito concorrencial, tendo como consequência o arquivamento do processo. É dizer, do ponto de vista político, o *leveraging* que possuem as autoridades públicas é visto como um ativo.

Fica fácil de visualizar o benefício do uso de *leverage* regulatório pelos casos

supramencionados. No primeiro, o Cade tentar usar do seu poder de analisar *ex ante* atos de concentração para ter ingerência no controle de qualidade na educação de empresas com grande influência no mercado de ensino superior no país. Já no segundo e no terceiro, o Cade usa com sucesso sua autoridade de celebrar acordos com empresas investigadas pelas práticas de ilícitos concorrenciais para estimular a concorrência em determinado mercado.

De fato, o *leveraging* pelo Cade pode ser extremamente benéfico. Todavia, do ponto de vista jurisprudencial, ainda não há qualquer controle sobre esse tipo de medida, o que por óbvio acarreta problemas de segurança jurídica. O uso desgovernado desse instituto tem o potencial de transformar o Cade em executor de apoio/suporte de um conjunto potencialmente grande de outras demandas de natureza das mais diversas (ESG, trabalhista, ambientais etc.). Ademais, surge uma preocupação em torno da força que a utilização do *leverage* regulatório pelo Cade pode adquirir como precedente (CARVALHO, 2021, p. 868).

Por esse motivo, faz-se necessário delimitar o uso desse instituto pelo Cade.⁴⁷ Em primeiro lugar, para que a autoridade possa usar amplamente seus poderes de *gatekeeper* para ir além das suas competências legais ou atingir outros objetivos além daqueles estipulados na legislação concorrenciais, o primeiro passo é providenciar uma norma robusta que permita tanto, e que estabeleça em que circunstâncias seu uso faz sentido (e.g., se o *leverage* pode envolver funções apenas do seu próprio portfólio, ou podem ir além da sua zona de autoridade, para atuar no âmbito de outra entidade).

Isso porque, do jeito que esse instrumento se encontra hoje em dia – sem qualquer regulamentação –, a primeira conclusão à qual se chega é que a utilização dessa influência pelo Cade no âmbito da concorrência deve estar restrito aos objetivos do direito antitruste brasileiro (mesmo que os objetivos sejam difusos) e ao escopo de atuação da autarquia de acordo com as suas atribuições, sob pena de incorrer em algum tipo de abuso de poder (e.g., vício de competência ou finalidade). Portanto, caso haja a vontade e/ou necessidade de legitimar o *leveraging* do Cade para além da finalidade da LDC e do âmbito de atuação da própria autoridade brasileira, primordial a edição de uma autorização expressa do legislativo.

Ademais, por ser uma ferramenta ainda muito moderna e pouco utilizada, as autoridades que pretendem utilizá-la, como é o caso do Cade, devem ser bastante explícitas sobre o que estão fazendo no âmbito do *leverage* regulatório. Isso não só irá garantir maior transparência aos processos, como também forçará as autarquias a justificarem o seu uso.

Por fim, recomenda-se, ainda, a prática de revisão *ex post* para analisar a prevalência e os resultados do *leverage* regulatório no âmbito do Cade. Somente assim, saberemos com qual frequência ocorre, as circunstâncias em que ela ocorre e quão eficaz (ou ineficaz) ela realmente é (KOVACIC; HYMAN, 2016, p. 1184).

À título de exemplo, seria extremamente importante e benéfico para o CADE continuar sondando a situação dos mercados de refino de petróleo e de gás natural para se atentar se os TCCs celebrados com a Petrobras conquistaram o seu objetivo final – propiciar um mercado pautado na livre concorrência.⁴⁸

47 Por óbvio, o enfoque desse trabalho é a atuação do Cade, todavia, a regulamentação do *leverage* regulatório é importante no contexto de qualquer entidade pública que possui poderes de *gatekeeper*.

48 Vislumbrou-se um aumento na competição nos mercados de refino e de gás natural após a Petrobras vender 2 refinarias – a da Bahia e de Manaus –, reduzindo sua participação de mercado de mais de 85% para 60%, e 1 distribuidora – a

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exercício do *leverage* regulatório no âmbito do CADE, possível em decorrência dos seus poderes de *gatekeeper*, é compatível com a defesa da concorrência nacional, desde que esteja alinhado com a competência da autoridade concorrencial e objetivos associados à autarquia, atribuídas na legislação.

Essa conclusão decorre do quadro normativo atinente a esse instrumento, que, atualmente, é inexistente. Com efeito, a jurisprudência sobre o *leveraging*, ainda muito incipiente do âmbito do Cade, deve ser analisada à luz da teoria dos atos administrativos, segundo a qual, caso a autarquia da concorrência brasileira extrapole suas competências ou desvie do objetivo estabelecido pela Lei de Defesa da Concorrência, quando do uso dessa ferramenta, então irá esbarrar em vício de legalidade, seja por vício de competência seja por vício de finalidade.

Sendo assim, para que seja viável o seu uso para além da zona de atuação do Cade, ou visando atingir objetivos alheios àqueles consagrados na legislação concorrencial, faz-se fundamental a legitimação do *leverage* regulatório via criação de normas concretas, com conceitos, hipóteses de incidência, transparência e acompanhamento *ex post*.

REFERÊNCIAS

ARBEX, Pedro; SAMOR, Geraldo. Petrobras negocia com o Cade para preservar monopólio. **Brazil Journal**, Rio de Janeiro, 18 abr. 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3JeliXk>. Acesso em: 17 maio 2023.

BLAKE, Harlan M.; JONES, William K. *In defense of antitrust*. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 65, n. 3, p. 377-400, 1965.

BORK, Robert H. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. New York: The Free Press, 1993.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Defesa da Concorrência. Brasília**, 17 fev. 2023a. Disponível em: <https://bit.ly/3X4R8LH>. Acesso em: 11 maio 2023.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Institucional. Brasília**, 13 jan. 2023b. Disponível em: <https://bit.ly/3X4R8LH>. Acesso em: 11 maio 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56**. Interessados: Kroton Educacional S.A., Estácio Participações S.A. [...]. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, 12/07/2017. não aprovação por maioria. Disponível em: <https://bit.ly/3JcGPQ1>. Acesso em: 3 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cartilha do Cade**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016a. Disponível em: <https://bit.ly/3rg3phq>. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Remédios Antitruste**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2018a. Disponível em: <https://bit.ly/3gwRGXi>. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para análise de atos de contração horizontal**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016b. Disponível em: <https://bit.ly/3X4R8LH>.

Gaspetro – e 2 transportadoras – TAG e NTS (ARBEX; SAMOR, 2023).

ly/3odyZKo. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Nota Técnica nº 37/2018/DEE/CADE**, Acordo de Cooperação CADE-ANP – Processo nº 08700.002021/2013-15. Brasília, 5 dez. 2018b. Disponível em: <https://bit.ly/3Xbu9hZ>. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regime Interno do Cade**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/3Cs4WGq>. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Requerimento de TCC nº 08700.002715/2019-30**. Interessada: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás..A. – Petrobras). Data do julgamento: 10 de julho de 2019a. Celebrado no âmbito do Inquérito Administrativo nº 08700.006955/2018-22. Disponível em: <https://bit.ly/3CwprCa>. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Requerimento de TCC nº 08700.003133/2019-7**. Interessada: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras. Data do julgamento: 10 de julho de 2019b. Celebrado no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.002600/2014-30 e do Inquérito Administrativo nº 08700.007130/2015-82. Disponível em: <https://bit.ly/3NspcyA>. Acesso em: 3 set. 2022.

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. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em 29 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3NERZjj>. Acesso em: 4 set. 2022.

BRASIL. Ministério da Educação. **Competências**. Brasília, 28 abr. 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/42zwdl2>. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. **Serviços de Informações do Brasil**. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Brasília, 12 jul. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/45Y0Svn>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.083.955/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux, 28 de maio de 2019c. Disponível em: <https://bit.ly/3JeSbTL>. Acesso em: 22 set. 2022.

CABRAL, Mário André Machado. Abuse of dominant position and cease-and-desist agreements: risks to Brazilian competition policy arising from the atypical case of Petrobras' Refineries. **GRUR International**, Colônia, Alemanha, v. 69, n. 7, p. 706-726, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Vinicius Marques de. Antitruste Under Pressure: Crises Econômicas e Impactos nas Estratégias de Intervenção. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 18, n. 98, p. 825-878, abr./jun. 2021, DOI <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i98.5627>.

CASTRO, Bruno Braz de. Eficiência e ideologia: inovação, desigualdade e o custo dos erros na tecnocracia antitruste. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 6, n. 2, 2018.

CORDEIRO, Alexandre; SIGNORELLI, Ana Sofia Cardoso Monteiro. Os objetivos do Direito Antitruste: evolução e perspectivas para o pós-Covid-19. **Jota**, São Paulo, 01 ago. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3Pdkeqe>. Acesso em: 30 ago. 2022.



DISTRITO FEDERAL. Seção Judiciária do Distrito Federal. **Ação Popular nº 1045614-30.2020.4.01.3400. 16ª Vara Federal Cível**. Relator: Juiz Marcelo Rebello Pinheiro, DJ 20 jun. 2022.

FEDERAL TRADE COMMISSION Closes Google/DoubleClick Investigation. **Federal Trade Commission. Washington**, 20 dez. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/42GiPLS>. Acesso em: 17 set. 2022.

FELDMAN, Robin Cooper. Defensive Leveraging in Antitrust. **Georgetown Law Journal**, Georgetown, v. 87, 1999.

FTC ORDER Restores Competition in U.S. Market for Equipment Used to Recharge Vehicle Air Conditioning Systems. **Federal Trade Commission**, Washington, 26 nov. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/43F8ykC>. Acesso em: 2 jul. 2022.

GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 10. ed. Los Angeles: Claitor's Pub Division, 2014.

HOUAISS, Antônio (ed.). **Dicionário Inglês-Português**. Rio de Janeiro: Record, 2002.

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

JASPER, Eric. 10 anos da lei de defesa da concorrência. [Entrevista cedida a] Flávia Chiquito dos Santos. **10 anos de lei de defesa da concorrência**. São Paulo: IBRAC, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3N9LDqm>. Acesso em: 27 ago. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda., 2023.

KOVACIC, William E.; HYMAN, David A. Regulatory Leveraging: Problem or Solution? **George Mason Law Review**, Fairfax, Virginia, Estados Unidos, v. 23, n. 5, p. 1163-1186, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3p73rdK>. Acesso em: 30 jul. 2022.

RAMACHANDRAN, Shalini; MCKINNON, John D. Regulators Recommend Approval of Charter-Time Warner Cable Deal. **The Wall Street Journal**, Nova Iorque, 25 abr. 2016. Disponível em: <https://on.wsj.com/42lq06p>. Acesso em: 27 ago. 2022.

SOUZA, Kelly Cristina Mendes. **Direito Antitruste: defesa da concorrência ou políticas econômicas?** 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/43EV9cg>. Acesso em: 2 ago. 2022.

SOUZA, Sergio Luiz Ribeiro de. Abuso de Poder. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 32, 2005.

SPERRY, Paul. Bank CEO Reveals How Obama Administration Shook Him Down. **New York Post**, Nova Iorque, 21 fev. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/440V6aC>. Acesso em: 17 set. 2022.

TODD, Patrick F. Digital Platforms and the Leverage Problem. **Nebraska Law Review**, Lincoln, Nebraska, Estados Unidos, v. 98, n. 2, p. 487-541, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3NtLyPE>. Acesso em: 16 ago. 2022.