



ISSN 1806-5287

**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**

# **REVISTA DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

Número 22 – abril – 2010

**FAMMA**   
GRÁFICA & EDITORA

### **Conselho Editorial**

ARTHUR Sanchez BADIN  
FERNANDO de Magalhães FURLAN – Editor Chefe  
VINICIUS Marques de CARVALHO  
OLAVO Zago CHINAGLIA  
CARLOS Emmanuel Joppert RAGAZZO  
CÉSAR Costa Alves de MATTOS  
RICARDO Machado RUIZ

### **Co-Editores Associados**

CLOVIS Manzoni dos Santos LORES  
JOSÉ Antônio BATISTA

R454 Revista de Direito da Concorrência – N. 1 (Abr.2010) – Brasília: Masson, 2010

Semestral.  
ISSN 1806-5287

1. Direito econômico – Periódico – Brasil. 2. Jurisprudência – Periódico – Brasil. I. Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

CDU 23. ed. 343.03

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE  
Gabinete da Revista  
Setor Comercial Norte, Quadra 2, Projeção “C”, CEP 70.719-902, Brasília/DF  
[www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br) – [revistacade@cade.gov.br](mailto:revistacade@cade.gov.br)



Masson Gráfica e Editora Ltda  
Rua Caracas, 678 - Vila Morangueira  
CEP 87040-010 - Maringá - PR  
(44) 3025-2747 / 3026-2747  
[www.graficafamma.com.br](http://www.graficafamma.com.br)

# CADE

**C**OMPOSIÇÃO  
DO PLENÁRIO E  
PROCURADOR-GERAL<sup>1</sup>

## **Presidente**

ARTHUR Sanchez BADIN

(1º Mandato: de 12.11.08 a 11.11.10)

## **Conselheiros**

FERNANDO de Magalhães FURLAN

(1º Mandato: de 18.01.08 a 17.01.10)

(2º Mandato: de 19.01.10 a 18.01.12)

VINICIUS Marques de CARVALHO

(1º Mandato: de 04.08.08 a 03.08.10)

OLAVO Zago CHINAGLIA

(1º Mandato: de 12.08.08 a 11.08.10)

CARLOS Emmanuel Joppert RAGAZZO

(1º Mandato: de 12.08.08 a 11.08.10)

CÉSAR Costa Alves de MATTOS

(1º Mandato: de 07.11.08 a 06.11.10)

RICARDO Machado RUIZ

(1º Mandato: de 19.01.10 a 18.01.12)

## **Procurador-Geral**

GILVANDRO V. Coelho de ARAÚJO

(1º Mandato: de 19.01.10 a 18.01.12)

---

<sup>1</sup> Art. 4º da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994





**S**UMÁRIO

**Apresentação.....7**

**Doutrinas**

Novidades na Regulamentação das Ajudas Públicas no Direito Comunitário da Concorrência (Augusto Jaeger Junior e Carl Friedrich Nordmeier)9

Regulação e concorrência no setor de energia elétrica (Amanda Athayde Linhares Martins)61

Sham Litigation e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Andressa Fidelis)49

Notificação de Operações de Aquisição de Participação Minoritária ao Controle de Estruturas o que a análise dos precedentes Ideiasnet/ Flynet e reestruturação dos pólos petroquímicos brasileiros do sul e sudeste revela? (Joyce Ruiz Rodrigues Alves)87

**Jurisprudência**

**Despacho CR nº 05/2009.....105**

**Instrução aos Colaboradores.....123**



## I APRESENTAÇÃO

Em sua vigésima segunda edição, a Revista de Direito da Concorrência aborda temas atuais que se encontram em debate no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ("SBDC"), bem como questões relevantes de Direito Comparado e de Advocacia da Concorrência.

No primeiro artigo, de autoria dos Professores Augusto Jaeger Junior e Carl Friedrich Nordmeier, são abordados, de maneira clara e didática, aspectos de Defesa da Concorrência no Direito Comunitário Europeu.

O segundo artigo é de autoria de Amanda Athayde Linhares Martins e tem como principal tema a relação entre defesa da concorrência e regulação no setor brasileiro de energia elétrica.

O terceiro artigo, por sua vez, de autoria de Andressa Fidelis, foi classificado em segundo lugar no Prêmio Literário CIEE/CADE (2009), cujo tema foi "Sham Litigation – o abuso do direito de ação", e contribui com uma visão objetiva do instituto e sua relação com o SBDC.

Na Seção de Doutrinas, por fim, o artigo de autoria de Joyce Ruiz Rodrigues Alves examina a questão dos critérios para notificação de atos de concentração envolvendo aquisição de participação minoritária.

Na Seção de Jurisprudência está reproduzido despacho do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, proferido nos autos da Petição nº 08700.003387/2008-36, em que se discute aspectos concorrenciais da Lei Distrital nº 4.056/2007, que trata do polêmico tema dos descontos nos serviços de transporte por táxi.

Portanto, após uma edição especial que abordou a temática específica relativa a preço predatório, a presente edição traz uma variedade ampla de visões a respeito de questões importantes em discussão no SBDC, de forma a contribuir para a qualidade da criação intelectual e acadêmica nacional no que tange ao Direito da Concorrência.

**Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan**  
**Editor-Chefe da Revista**





# DOCTRINAS

**N**OVIDADES NA REGULAMENTAÇÃO  
DAS AJUDAS PÚBLICAS NO  
DIREITO COMUNITÁRIO DA  
CONCORRÊNCIA



## NOVIDADES NA REGULAMENTAÇÃO DAS AJUDAS PÚBLICAS NO DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA<sup>1</sup>

1. Rápida introdução ao Direito Comunitário da Concorrência aplicável às empresas. 1.1. Concorrência em ambientes comunitários. 1.2. Relação entre concorrência e mercado comum. 1.3. Regras materiais aplicáveis às empresas. 1.4. Regras processuais aplicáveis às empresas. 1.5. Regras aplicáveis ao controle de concentrações de empresas. 1.6. Órgãos encarregados da aplicação do direito comunitário da concorrência. 2. Regulamentação das ajudas públicas no Direito Comunitário da Concorrência. 2.1. Nexos entre auxílios públicos e concretização do mercado comum. 2.2. Regras materiais aplicáveis aos Estados-membros. 2.3. Regras processuais aplicáveis aos Estados-membros. 2.4. Reformas dirigidas à modernização e descentralização das regras. 2.5. Primeiros regulamentos de isenção por categorias. 3. Novo Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas (Regulamento n. 800/2008, da Comissão, de 6 de agosto de 2008). 3.1. Princípios fundamentais e estrutura do RGIC. 3.2. Parte geral do RGIC (artigos 1º a 12). 3.3. Parte especial do RGIC (artigos 13 a 42). 3.4. Disposições transitórias, adequações nacionais e perspectivas. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

Augusto Jaeger Junior

Doutor em Direito Comunitário da Concorrência pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação da Profa. Dra. Cláudia Lima Marques. Professor Adjunto 2 da Faculdade de Direito da UFRGS, em Porto Alegre, Brasil, onde leciona as disciplinas de Direito Internacional da Concorrência e Direito Comunitário da Concorrência. Autor dos livros "Liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul" e "Direito Internacional da Concorrência", lançados pelas Editoras LTr e Jurúá, em 2006 e 2008, respectivamente, entre outros.  
mail: augusto.jaeger@ufrgs.br

Carl Friedrich Nordmeier

autor em Direito Internacional Privado sob a orientação do prof. Dr. Dr. h.c. mult. Erik Jayme. assistente no Instituto de Direito Estrangeiro, Direito Internacional Privado e Direito Econômico Internacional da Universidade de Heidelberg, Alemanha. Autor do livro "Zulässigkeit der Bindungswirkung gemeinschaftlicher Abkommen im Internationalen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechte muttersprachlicher Länder", lançado pela editora Mohr Siebeck, em 2008. Realizou estadia de pesquisa na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 2004, sob a orientação da Profa. Dra. Cláudia Lima Marques.  
mail: c.f.nordmeier@gmail.com

## RESUMO

Este artigo versa sobre as ajudas públicas no direito comunitário da concorrência e sobre o surgimento do novo Regulamento n. 800/2008, da Comissão, de 6 de agosto de 2008, que declara certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado comum, em aplicação dos artigos 87 e 88 do Tratado da Comunidade Européia (Regulamento Geral de Isenção por Categorias). Nele são abordadas temáticas como a continuada atuação da Comissão em melhorar as regras com o estabelecimento de princípios e precisão de critérios, o esforço

1 Artigo escrito como um dos resultados da investigação desenvolvida por ocasião da obtenção de uma bolsa de estudos da Fundación Carolina, com sede em Madrid, Espanha, para a realização de investigação acadêmica e de outras atividades junto à Universidad Carlos III de Madrid, no período de 6 de dezembro de 2008 a 1º de março de 2009. Os autores agradecem vivamente ao acadêmico de Direito na UFRGS, Bruno Bastos Becker, bolsista da Fapergs, com atuação no Grupo de Pesquisa CNPq/UFRGS Direito Internacional da Concorrência, pelo auxílio na elaboração desse artigo.

da dispensa da obrigação de notificação da concessão de ajudas públicas e o encorajamento de Estados-membros a reverem e redirecionarem as ajudas existentes. Ademais, sobre a nova regra, aprofunda-se em retratar a atual busca pela compatibilidade das ajudas existentes com ela e a adaptação dos esquemas antigos às novas condições impostas pelo Regulamento.

## ABSTRACT

This article purports to examine public aids in EC competition law in light of the adoption of Commission Regulation No 800/2008 of 6 August 2008 (declaring certain categories of aid compatible with the common market in application of Articles 87 and 88 of the Treaty - the General Block Exemption Regulation). To this end, the article addresses issues such as the continued action on the part of the Commission to improve existing rules by formulating principles and defining criteria; current efforts to obtain exemption from the notification obligation in the awarding of public aid; and the encouragement for member states to revise and redirect existing aids. Moreover, the article aims at portraying the current search for compatibility between the new rules and the existing aids as well as the adaptation of previous aid schemes to the new conditions imposed by the Regulation.

**Palavras-chave:** Direito comunitário da concorrência; ajudas públicas; regulamentos de isenção por categorias; Regulamento n. 800/2008, da Comissão, de 6 de agosto de 2008.

### 1. Rápida introdução ao Direito Comunitário da Concorrência aplicável às empresas

A Comunidade Européia não possui uma longa tradição em direito concorrencial. Por óbvio, já que ela não existe desde muito tempo. Juntamente com a criação da hoje denominada Comunidade Européia, pelo Tratado da Comunidade Européia (TCE), em 1957, foram estabelecidos os atuais artigos 81 a 89 TCE. Eles constituem as regras substantivas do direito comunitário da concorrência. Observa-se que desde o primeiro dia da sua existência ficou claro o papel importante e central do direito da concorrência<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> EHLERMANN, Claus-Dieter. The contribution of EC competition policy to the single market, p. 257-282; CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne. EU Law: text, cases and materials, p. 936-937 e DE LEÓN, Ignacio. The role of competition policy in the promotion of competitiveness and development in Latin America, p. 57-71.

Naqueles dispositivos, o Tratado assenta as regras materiais para o funcionamento da livre concorrência aplicáveis às empresas, as quais proibem acordos ou práticas que possam afetar o comércio entre os Estados-membros, bem como os abusos de posição dominante, regras essas aplicáveis tanto às empresas privadas como às públicas, para que envolvam os monopólios do Estado.

A Comunidade Européia foi influenciada pela descartelização realizada na Alemanha do pós-guerra, que objetivava prevenir um renascimento da maquinaria de guerra<sup>3</sup>. O resultado foi a inclusão de dois artigos sobre a proibição a acordos que restringissem a concorrência e a abusos de posição dominante no Tratado para a Comunidade Econômica do Carvão e do Aço, de 1951. Posteriormente, estes vieram a ser a base dos artigos sobre o tema inseridos no Tratado da Comunidade Européia e no primeiro Regulamento de controle de concentrações de empresas, de 1989. A idéia básica era a de que o esforço dos Estados-membros em dismantelar barreiras tarifárias e não-tarifárias para promover a integração dos mercados e a consecução de um mercado comum não deveria ser atacado com o restabelecimento dessas barreiras por acordos privados e outros abusos.

Durante as tratativas da assinatura do Tratado de Maastricht, por exemplo, em nenhum momento se colocou em dúvida a necessidade da manutenção de uma política de defesa da concorrência em nível comunitário. Até porque a Comunidade Européia deixaria de existir “no momento em que a política norteadora facilitasse o desrespeito às normas protetoras do direito de concorrência entre as empresas do Mercado Comum Europeu”<sup>4</sup>. O mesmo se repetiu em 2007 por ocasião da assinatura do Tratado de Lisboa.

## 1.1. Concorrência em ambientes comunitários

Encontra-se na doutrina uma divisão dos objetivos da concorrência entre gerais e integracionistas. Segundo CUNHA, “Os primeiros podem estar presentes em qualquer lei de defesa da competição e os segundos somente existem em processo de integração econômica, funcionando como instrumento auxiliar da união”<sup>5</sup>. Em um processo de integração a legislação de concorrência

---

3 BELLAMY, Christopher. Some reflections on competition law in the global market, p. 16 e CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; GOÑI URRIZA, Natividad. El control de las concentraciones de empresas en Europa, p. 41-42.

4 COIMBRA, Guilhermina Lavoz. A política de defesa do direito de concorrência – a política brasileira, o Mercosul e a globalização da economia. In: PROENÇA, Alencar Mello; BIOCCA, Stella Maris. *La integración hacia el siglo XXI*, p. 444.

5 CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*, p. 24.

possui o fim especial de instrumento formador do espaço único, ou, noutras palavras, do mercado comum. A lei que a isso serve diferencia-se das leis nacionais, uma vez que as manifestações tidas em ambientes comunitários são diferentes. Aquelas são restritas em seu âmbito de aplicação e não são, de todo modo, aptas a cumprir um papel integracionista. A legislação comunitária persegue, marcadamente, o segundo objetivo.

## 1.2. Relação entre concorrência e mercado comum

O papel da concorrência para o mercado comum é algo incontestável. Isto é apontado por vários doutrinadores. Para HAKENBERG, a política da concorrência é uma das mais importantes. O objetivo do Tratado da Comunidade Européia era um mercado livre no território comum dos Estados-membros, sem que estes próprios viessem a influenciar a relação de mercado existente. Era o tal liberalismo sem dirigismo estatal<sup>6</sup>. Não somente o dirigismo estatal poderia promover limitações ao comércio transfronteiriço, mas o liberalismo também. Assim, comerciantes poderiam se valer dessa situação e limitarem-se entre si.

Para von der GROEBEN, “O bom resultado de uma política de concorrência européia era de significado decisivo para a formação e funcionamento do mercado comum; ela era o núcleo e o motor do desenvolvimento econômico interno”<sup>7</sup>. Tratava-se de uma matéria particular, pois era uma das que mais apresentava diferenças nos ordenamentos nacionais. Esta característica fez com que a introdução e execução das regras da concorrência no mercado comum exigisse dificultoso trabalho. É possível dizer que se tratava de matéria pouco compatível para se tornar direito comunitário, mas a sua imprescindibilidade para a formação do mercado comum não permitiu sua dispensa.

Um dos objetivos do Tratado é a criação e manutenção de um mercado comum, caracterizado pela presença de liberdades econômicas fundamentais. Para este objetivo, a manifestação plena da liberdade de concorrência, tutelada pela normativa da concorrência, assume um papel central<sup>8</sup>. As liberdades de mercado, nas quais está sustentado o mercado comum, seriam sem efeito se não houvesse uma liberdade de concorrência regulada. Com efeito, o artigo 3º., n. 1, letra g TCE implica um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum.

<sup>6</sup> HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 131.

<sup>7</sup> von der GROEBEN, Hans. Die Rolle der Wettbewerbspolitik für die Entstehung des Gemeinsamen Marktes. In: HRBEK, Rudolf; SCHWARZ, Volker (Hrsg). *40 Jahre Römische Verträge: Der deutsche Beitrag*, p. 171.

<sup>8</sup> CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*, p. xxii.

As prioridades da concorrência neste mercado comum são: controle estrito de auxílios públicos; abertura de mercados até então fechados à concorrência; o controle de fusões; a execução das regras de proibição sobre cartéis e empresas detentoras de posição dominante; a liberação de acordos que sejam compatíveis com os princípios da concorrência e a criação de condições de concorrência nos mercados de terceiros países importantes à Comunidade Européia<sup>9</sup>.

Muitos aspectos do direito comunitário da concorrência já foram tratados em outros locais. Vale referir as considerações escritas sobre os critérios de mercado relevante e investidor privado<sup>10</sup>, sobre as regras processuais<sup>11</sup>, sobre o controle das concentrações de empresas<sup>12</sup> e sobre as ajudas públicas comunitárias<sup>13</sup>. Significativa doutrina nacional também tem se dedicado a trabalhar essas questões, pelo que se dispensa de repeti-las aqui nesse estudo<sup>14</sup>. O prosseguimento do mesmo é dedicado às linhas mais gerais, apenas para que o leitor não perca a seqüência do tema específico das ajudas públicas, a seguir.

### 1.3. Regras materiais aplicáveis às empresas

O capítulo do Tratado da Comunidade Européia referente à concorrência contém o que pode ser chamado de conjunto de regras que visam organizar e disciplinar a concorrência no espaço comunitário, constituindo-se no núcleo da regulamentação comunitária na matéria<sup>15</sup>.

Entre os vários prováveis campos de tratamento do direito da concorrência<sup>16</sup>, o direito comunitário está centrado em áreas bem definidas, tais como os cartéis, os abusos de posição dominante, as fusões e as aquisições de empresas e o papel dos governos. Suas disposições tratam de um verdadeiro conjunto de regras que visam organizar e disciplinar a concorrência no espaço comunitário. Algumas dessas regras vinculam diretamente as empresas privadas,

---

<sup>9</sup> EHLERMANN, Claus-Dieter. *Wettbewerbspolitik im Binnenmarkt*, p. 794-796.

<sup>10</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. Os critérios de mercado relevante e investidor privado no Direito Comunitário da Concorrência. In: SILVA, Osmar Vieira da (Org.). *Os novos desafios e paradigmas do direito, comércio e relações internacionais no século XXI*, p. 187-191.

<sup>11</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 311-392.

<sup>12</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 392-434.

<sup>13</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 434-495.

<sup>14</sup> Ver o tema, na literatura nacional, também em CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*, 366 p.; SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, 317 p. e em CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*, 368 p.

<sup>15</sup> CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico*, p. 425.

<sup>16</sup> Listados em HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 132.

outras são dirigidas às empresas públicas e aos Estados-membros da Comunidade.

Outros, como a concorrência desleal e o direito de patentes são ou foram objeto de regras de harmonização, já que também desempenham um papel no processo de integração, especialmente pela forte relação com o direito comunitário, cujo ponto de contato é a liberdade de circulação de bens<sup>17</sup>. Estão também abrangidas pelo direito comunitário da concorrência regras referentes à fiscalização das limitações exercidas por empresas e monopólios públicos e ajudas públicas à concorrência no mercado comum.

Assim, é possível referir que o controle da manutenção da concorrência se desenvolve em duas linhas principais: controle das práticas e dos acordos entre empresas que deturpem a concorrência (regras destinadas às empresas) e disciplina dos recursos públicos (regras destinadas aos Estados-membros). Vale lembrar que a regra da concorrência não está voltada apenas à proteção da concorrência, mas também à proteção do consumidor, para que este possa se beneficiar de uma concorrência saudável.

Na perspectiva comunitária, o direito da concorrência se desenvolveu durante as últimas décadas<sup>18</sup>. A Comunidade foi fundada com a idéia de que o bom funcionamento do mercado constituía a melhor organização possível das trocas<sup>19</sup>. Depois foram surgindo normas que visavam manter a liberdade e o funcionamento da concorrência. Assim, nos primeiros anos da existência da Comunidade, grandes avanços foram sentidos. A competência das tarefas foi confiada a uma direção geral com quatro direções. A segurança para que o mercado funcione em regime de concorrência cabe, em primeiro lugar, à Comissão Européia. Em 1962 foi editado o Regulamento n. 17, sobre a aplicação das normas de proibição de cartéis e uso abusivo do poder de mercado. Na seqüência, a política das ajudas públicas teve seus princípios definidos pela Comissão, que também demonstrou, em grande lista de casos, as regras pelas quais os Estados-membros deveriam se orientar. Houve, então, o desenvolvimento de inúmeros princípios. Neste trabalho foi fundamental o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, junto com a Comissão.

A Parte 3 do Tratado, no Título VI, trata das regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações. O seu capítulo primeiro refere-se às regras da concorrência. A seção primeira deste capítulo trata das regras aplicáveis às empresas e compreende os artigos 81, 82 e 86 TCE, que serão a seguir abordados.

---

<sup>17</sup> HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 132.

<sup>18</sup> FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne. *Extraterritorialité du Droit de la Concurrence aux Etat-Unis et dans la Communauté Européenne*, p. 11.

<sup>19</sup> DRUESNE, Gérard. *Le développement du droit et de la politique de la concurrence en Europe*, p. 1.



### 1. Artigo 81 TCE

Nos termos do artigo 81, n. 1, são incompatíveis com o mercado comum 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 comum. Este artigo exemplifica algumas das medidas proibidas, tais como 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 desolvimento 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 fato, em desvantagem na concorrência; e 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.

Nos termos do n. 2 do mesmo artigo, são nulos os acordos ou decisões proibidos por ele.

Nos termos do n. 3, as disposições do n. 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 produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte eqüitativa do lucro daí resultante, e que não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos, nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Tal disposição contém a disciplina comunitária da concorrência para a proibição de cartéis, dirigida a acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e às 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 comum.

Os artigos 81 e 82 valem para as empresas. Os Estados-membros não são destinatários das proibições de cartel<sup>20</sup>. Contudo, segundo o artigo 10 TCE, lhes é proibido apoiar, como por exemplo através de uma aprovação, acordos que visem à formação de cartéis e outras práticas condenadas. Os

---

<sup>20</sup> FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maïke. *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*, p. 91.

Estados-membros não devem manter ou praticar medidas que possam afetar as normas da concorrência<sup>21</sup>.

A doutrina agrupa sob a denominação de acordo os três tipos gerais de práticas previstas pelo Tratado, quais sejam o acordo entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas. Por este motivo a referência a acordo possui uma dimensão mais abrangente do que a referente a essa única prática.

### 1.1. Conceito de empresa

Em verdade, inafastável do trato desse artigo do Tratado é a análise de institutos de direito comercial à luz da regulamentação comunitária<sup>22</sup>. Alguns conceitos, com a comunitarização (*Vergemeinschaftung*; *communautarisation*; *comunitarización*)<sup>23</sup>, passaram a ter uma necessidade de dimensão espacial diferente da dimensão que têm na conceituação a partir do direito comercial interno, aplicado aos Estados-membros da Comunidade. Assim, por exemplo, o conceito comunitário de empresa<sup>24</sup>. O conceito de empresa, para este efeito, é um conceito comunitário e não nacional<sup>25</sup>. É mais amplo e diferencia-se até mesmo do conceito clássico de uma empresa mercantil<sup>26</sup>. O Tratado não contém uma expressa definição para o termo empresa, usado especialmente nos artigos 81 e 82 TCE<sup>27</sup>.

Tal definição é de grande importância, uma vez que é ela que define o campo de aplicação do direito da concorrência e, por tal, a submissão ou não de uma entidade às suas regras. Em princípio, a palavra empresa encerra um amplo conceito, segundo o qual tudo pode ser empresa, ou mais especificamente, todas as unidades econômicas que exercem atividades voltadas ao mercado. O conceito em si é comunitário e não nacional, quer dizer, tem de ser interpretado de uma maneira autônoma. O conceito de empresa exige uma atividade voltada ao mercado, isto é, uma atividade econômica. Não se trata de uma característica fixa, ou seja, é impossível dizer de antemão se uma entidade é

---

<sup>21</sup> DRUESNE, Gérard. *Le développement du droit et de la politique de la concurrence en Europe*, p. 3.

<sup>22</sup> CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*, p. xxii.

<sup>23</sup> Para uma melhor compreensão da comunitarização do direito na Comunidade Européia ver FARJAT, Gérard. *Observation sur la dynamique du droit de la concurrence*. In: CANIVET, Guy (dir.). *La modernisation du droit de la concurrence*, p. 23-24.

<sup>24</sup> Ver um artigo anterior dos mesmos autores nessa mesma Revista de Direito da Concorrência, sobre o tema. JAEGER JUNIOR, Augusto; NORDMEIER, Carl Friedrich. O Conceito de Empresa no Direito Comunitário da Concorrência: Subsídios para uma Definição no Mercosul. *Revista de Direito da Concorrência*. Brasília: IOB/CADE, v. 14, p. 11-43, 2007.

<sup>25</sup> SANTOS, Maria Cecília de Andrade. *Direito comunitário da concorrência: perspectivas para o Mercosul*, p. 80.

<sup>26</sup> ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*, p. 30.

<sup>27</sup> CASELLA afirma que o termo *empresa* não é definido pelo Tratado nem pela jurisprudência do TJCE. CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade européia e seu ordenamento jurídico*, p. 424.

considerada empresa ou não. Isso sempre vai depender das atividades exercidas por ela. Disto decorre que uma entidade, para o exercício de uma atividade, pode estar submetida às regras de concorrência e para outra não<sup>28</sup>. Enquanto ela é considerada empresa para a atividade X, não é para a atividade Y.

Isso se mostra de maneira mais clara quando é considerado que os Estados-membros da Comunidade Européia são também sujeitos ao direito da concorrência sempre que desenvolvem atividades econômicas<sup>29</sup>. Se, por exemplo, a República Federal da Alemanha exerce poderes legislativos reformando o Código Penal alemão (chamados de poderes de soberania), ela evidentemente não é submetida às regras da concorrência. Todavia, quando compra material de escritório para que os seus funcionários tenham meios para desempenhar as suas tarefas, em geral, torna-se destinatária do direito da concorrência. Portanto, não é possível dizer que a República Federal da Alemanha é uma empresa, bem como não é possível afirmar que ela não seja. Sempre dependerá da atividade exercida.

O conceito de empresa vem sendo concretizado pela doutrina e por vários julgamentos do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE). A jurisprudência tem se mostrado extremamente flexível quanto à definição de empresa, visando preservar o efeito útil (efet utile; full effectiveness) do artigo 81, n. 1 TCE, de modo que qualquer conduta que afete as estruturas do mercado seja proibida. O conceito de empresa assume uma característica funcional, ampla, sob a qual são abrangidas as unidades econômicas que operam qualquer atividade econômica que afete as estruturas do mercado.

### 1.2. Rol do artigo 81, n. 1 TCE

O artigo 81, n. 1 TCE apresenta exemplos de medidas restritivas à concorrência, baseados em experiência adquirida<sup>30</sup>. Outras medidas, nele não previstas, igualmente se submetem às regras da concorrência. Por isso é dito que o rol é meramente exemplificativo<sup>31</sup>. Assim, são restritivos quaisquer outros acordos ou práticas concertadas que afetem a concorrência.

### 1.3. Artigo 81, n. 2 TCE

Segundo o artigo 81, n. 2 TCE os atos e comportamentos, que são considerados violações às normas do Tratado, são sancionados com a nulidade

---

<sup>28</sup> FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*, p. 189.

<sup>29</sup> Sobre a qualidade dos Estados-membros como sujeitos das regras comunitárias de concorrência ver SCHWARZE, Jürgen. *Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts*, p. 613-627.

<sup>30</sup> ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*, p. 77.

<sup>31</sup> A doutrina observa que este debate não é conclusivo, já que "Há os que consideram estas descrições legislativas como sendo 'tipos fechados'". A discussão pode ser acompanhada em PASSOS, Fernando. *O sistema de concorrência na União Européia: modelo para o Mercosul ?*, p. 32-33.

de pleno direito, ou nulidade absoluta, que é o termo conhecido em vários ordenamentos.

#### 1.4. Artigo 81, n. 3 TCE

O artigo 81, n. 3, é visto como um instrumento privilegiado de execução das normas da concorrência, anteriormente de monopólio da Comissão. É tido pela Comissão como permissionário de uma interpretação menos rígida das disposições do artigo 81, n. 1., isto é, mais realista do efeito restritivo exigido por este<sup>32</sup>. Apresenta uma validade não absoluta das proibições aos cartéis, mesmo que estas tenham sido severamente formuladas. Estabelece possibilidades para que a consequência jurídica do artigo 81, n. 2 TCE não seja aplicada e que as medidas das empresas que caem nas proibições do n. 1 sejam declaradas compatíveis. Isto é, determinados acordos podem ter efeitos favoráveis, não pondo em causa a concorrência para além dos limites considerados admissíveis, e serem compatíveis com o mercado comum. Certas restrições à concorrência são admissíveis desde que indispensáveis à realização de alguns objetivos e não acabem por eliminar a concorrência em relação a uma parte substancial do mercado comum.

Para que o n. 1 não seja aplicado é necessário que se verifiquem, simultaneamente, as condições positivas e as condições negativas previstas no n. 3. Basta que não se verifique qualquer uma das condições para que a isenção não seja possível.

Uma das condições positivas é a melhoria da produção ou da distribuição dos produtos. Esta deve tratar-se de um melhoramento de caráter objetivo sensível, a ponto de compensar os inconvenientes para a concorrência. Uma melhoria não será objetiva se não houver incremento da produtividade ou aumento nos investimentos, ou ainda aumento do volume de produção, melhoria na qualidade dos produtos ou redução de custos. Não basta que a coligação traga vantagens objetivas. É necessário que estas superem os efeitos restritivos da concorrência provocados pela coligação. Para ALVES, “É necessário pôr todos os elementos na balança”<sup>33</sup>.

Outra condição é a contribuição ao progresso técnico ou económico. Segundo ela, os acordos que permitam trabalhos de investigação e desenvolvimento de novo produto, pois conducentes ao progresso técnico e económico, são permitidos<sup>34</sup>. Também o requisito do progresso económico pode ser cumprido por um acordo que permita que micro-empresas tenham acesso ao mercado.

---

<sup>32</sup> VAN BAEL, Ivo; BELLIS, Jean-François. *Droit de la concurrence de la Communauté Économique Européenne*, p. 29.

<sup>33</sup> ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*, p. 90.

<sup>34</sup> Outros exemplos de melhoria da produção ou distribuição ou progresso técnico e económico podem ser vistos em ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*, p. 92-93.

A reserva aos utilizadores de uma parte equitativa do lucro ou benefício derivado do acordo pode ser vista como um terceiro requisito positivo. Este pode vir realizado ao menos na diminuição do preço de aquisição, no melhoramento da qualidade do produto, do serviço, ou da garantia de pós-venda, regularidade do fornecimento, ou mesmo na satisfação de específica exigência do consumidor<sup>35</sup>.

Esta condição deve ser vista em seu sentido amplo. Quer o conceito de utilizador, quer o de lucro, têm de ser interpretados extensivamente. Assim, para ALVES, “Os utilizadores são quaisquer pessoas que intervêm em qualquer estágio da produção, da distribuição, ou os consumidores finais, desde que sejam estranhos à coligação. Não é necessário que todos os sucessivos utilizadores obtenham uma vantagem com a coligação. O lucro pode consistir na baixa de preço, baixa do custo de produção repercutido no preço de venda, melhoria da qualidade do produto, acesso a novos produtos, segurança e regularidade dos fornecimentos, melhoria dos serviços pós-venda”<sup>36</sup>. Vale dizer, ainda, que esta expectativa de lucro se baseia em previsões, pois na data da tomada da decisão, ou quando a Comissão devia autorizar o acordo, este não havia produzido os seus efeitos.

Um acordo para ser compatível com o Tratado deve satisfazer, ainda, as duas condições negativas. A primeira é a indispensabilidade das restrições à concorrência para o atingimento dos objetivos propostos. Para o cumprimento dessa condição é necessário haver um nexó de causalidade entre os benefícios e o comportamento colusório, bem como uma relação de proporcionalidade entre os meios utilizados e os objetivos previstos. Isto é, as restrições à concorrência devem ser estritamente necessárias. Essa análise é muito complexa e desde as reformas de 2004 também é feita pelas instâncias nacionais<sup>37</sup>.

A segunda condição negativa é que os acordos não possibilitem a eliminação da concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. Para que o acordo seja compatível, a concorrência deve ser mantida, ou melhor, não deve ser eliminada numa parte substancial do mercado comum e referente a uma parte substancial do mercado dos produtos em causa. Deverá permanecer uma concorrência suficiente por parte de terceiras empresas que tenham produtos sucedâneos ou similares. Esta complexa análise envolve os produtos similares, isto é, os da mesma natureza, bem como os sucedâneos, os que, embora de natureza diferente, possam responder as mesmas necessidades.

---

35 Outros exemplos de reserva aos utilizadores de uma parte equitativa do lucro ou benefício derivado do acordo podem ser vistos em ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*, p. 94-95.

36 ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*, p. 93.

37 Ver o tema em JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 332-353.

## 2. Artigo 82 TCE

O artigo 82 TCE contém a disciplina comunitária da concorrência para o abuso de posição dominante. Nos termos do artigo 82, é incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. Essas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não eqüitativas; b) limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência; e d) 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.

Como já afirmado, a Comunidade Européia tem o objetivo prescrito de manter um sistema para garantir que a concorrência não seja falseada no mercado interno, segundo o artigo 3º, n. 1, letra g TCE. Empresas dominadoras de posições de mercado atrapalham as condições da concorrência, através da fixação de preços por sua própria vontade, com o objetivo de influenciar unilateralmente o mercado em seu próprio favor. Para tanto, o artigo 82 proíbe a exploração de forma abusiva de uma posição dominante no mercado comum ou em uma parte substancial dele<sup>38</sup>. Estar nesta posição significa ter poder suficiente para não se deixar influenciar pelas leis do mercado, resguardando-se das pressões dos concorrentes e da oferta e da procura.

Embora o artigo 82 não defina o que seja abuso, elenca, não exaustivamente, uma série de práticas sancionadas como tal, na medida em que esses comportamentos sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros, retardando, assim, o processo de integração da economia comunitária.

A enumeração do artigo 82 TCE é menor que a do artigo 81. Falta a correspondente previsão da letra c daquele, por ser impossível na presente hipótese. Em regra, a repartição de mercados e fontes de abastecimento supõe uma rede de contratos que não é típica da posição dominante. Outra diferença sensível é que o artigo 82 não apresenta possibilidades de exceções, ou seja, é

---

<sup>38</sup> Ver o tema em CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, p. 1041-1120; BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 605-622; TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*, p. 593 e seguintes; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 336-347; TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*, p. 423 e seguintes; DÍEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*, p. 552-555 e em JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 311 e seguintes.

incondicional ao não apresentar nenhuma hipótese de derrogação das proibições. O abuso de uma posição dominante não é de nenhuma forma justificável, uma vez que é entendido como prática mais grave que as concentrações. Não está prevista a nulidade dos atos, como é no artigo 81, n. 2 TCE, para os acordos. Diferentemente do artigo anterior, neste não é necessária nenhuma previsão, devido ao caráter puramente fático do abuso. Mas, em semelhança às infrações ao artigo 81, são previstas multas. Demais conseqüências da incursão em tais práticas são determinadas pelo direito nacional.

### 3. Artigo 86 TCE

As disposições materiais sobre as regras da concorrência reaparecem no artigo 86 TCE<sup>39</sup>. O direito comunitário da concorrência aplica-se às empresas privadas e públicas. É clara a disposição do Tratado em não proibir a existência de empresas públicas e de dirigir o mesmo tratamento a ambas as categorias de empresas. Neste contexto, a empresa pública é apenas uma empresa a mais, só que em mãos públicas<sup>40</sup>. No entanto, quando uma empresa pública estiver investida da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham caráter de monopólio fiscal, as regras da concorrência só lhe são aplicáveis quando não comprometam o desempenho da missão que lhes foi confiada.

O n. 2 do artigo 86 assevera que as empresas encarregadas de gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham o caráter de monopólio fiscal se submetem às normas do Tratado. Mas isto só é levado a efeito se a aplicação de tais normas não impedir o cumprimento de missão específica a elas confiada e desde que não contrarie os interesses maiores da Comunidade.

A Comissão detém autorizações especiais para garantir a segurança da aplicação do artigo 86, ns. 1 e 2 TCE. Para tanto, ela não necessariamente precisa se limitar aos instrumentos gerais previstos no artigo 211 TCE, especialmente recomendações e pareceres. Ela pode tomar decisões e, sobretudo, pode promulgar diretivas, baseadas na disciplina do artigo 249 TCE.

---

<sup>39</sup> Ver o tema em CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, p. 526-668; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 347-356; BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 623-634; TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*, p. 423 e seguintes e em DíEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*, p. 563-571.

<sup>40</sup> PÜTTNER, Günter. *Die Zukunft öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt*, p. 227-242; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht: zur Bedeutung von Art. 90 EWGV*, p. 526-586 e MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; ZEHETNER, Franz. *Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, 157 p.

De fato, o artigo 86, n. 3 TCE atribui à Comissão o dever de vigilância das questões que se referem às empresas públicas ou às empresas às quais sejam reconhecidos direitos especiais ou exclusivos. Por ele, a Comissão dirige decisões aos Estados-membros que são obrigados a cumpri-las, sem prejuízo de eventual recurso. Caso não o façam, demanda-os nos termos do artigo 226 TCE.

#### **1.4. Regras processuais aplicáveis às empresas**

A aplicação das regras materiais dos artigos 81 e 82 TCE é determinada por normas processuais. Estas, regulamentadas pelo direito comunitário derivado, foram ao longo do tempo profundamente alteradas. Presentemente, se está perante o amadurecimento de uma reforma nesse âmbito, advinda com o Regulamento n. 1/2003, que substituiu o Regulamento n. 17/62.

O Regulamento n. 17/62 havia sido o primeiro regulamento de execução do direito comunitário da concorrência. Ele estabeleceu um sistema de notificação centralizado e a exclusiva competência da Comissão para a declaração de inaplicabilidade do artigo 81, n. 1 TCE, em função do n. 3 do mesmo artigo. Para tanto, a Comissão dispunha de decisões para casos singulares, quando o comportamento era incompatível, mas tinha aspectos positivos e preenchia as condições legais do n. 3 do artigo 81 TCE, de regulamentos de isenção por categorias, de certificados negativos, quando o acordo não apresentasse infração e fosse compatível com o Tratado, e de *comfort letters*, que embora não apresentassem segurança jurídica, eram usadas de forma indiscriminada.

Com o tempo, esse sistema começou a apresentar limitações. As *comfort letters* eram caracterizadas por uma precariedade jurídica, o sistema limitava a Comissão no seu desejo de se concentrar nos processos importantes e o monopólio detido afastava as instâncias nacionais de uma melhor e mais participativa colaboração na aplicação do direito. Posteriormente, a Comissão criou alternativas para contornar os problemas. As isenções por categorias já eram entendidas como alternativas para a diminuição do encargo de trabalho da Comissão, devido à avalanche de notificações que o sistema ensejava. Todavia, nem esses, nem regras para as restrições verticais e horizontais surgidas foram suficientes para resolver a questão do volume de trabalho. O debate sobre reforma foi estimulado. As modificações aconteceram em 1º de maio de 2004, paralelamente à entrada dos dez novos Estados-membros na Comunidade, data em que o novo Regulamento n. 1/2003 sobre a execução dos artigos 81 e 82 TCE entrou em vigor.



Elas trouxeram aplicabilidade direta a mais regras e um maior comprometimento das instâncias nacionais, já que fundadas em princípios de descentralização. A reforma também promoveu uma completa troca de sistemas, tecnicamente falando, no caso o de reserva de autorização pelo de isenção legal<sup>41</sup>.

Os princípios e pilares do atual sistema são descentralização, aplicabilidade direta, cooperação, maior poder de investigação da Comissão, concentração da atuação em violações relevantes, aumento da participação das instâncias nacionais, supressão do sistema de notificação e autorização, transferência às empresas da tarefa de averiguar se no comportamento pretendido não incidem as proibições do artigo 81, n. 1, ou se o acordo apresenta os requisitos do artigo 81, n. 3 TCE, e deslocamento dos direitos nacionais, por força do chamado princípio desalojador fático. Ele é previsto no artigo 3º. do Regulamento n. 1/2003 e provocou uma radical modificação da relação entre direitos nacionais e comunitário da concorrência. Segundo ele, nos casos onde um acordo seja próprio para afetar o comércio entre os Estados-membros, o direito comunitário da concorrência encontra exclusiva aplicação e exclui o direito nacional. Em síntese, trata-se do abandono da aplicação paralela do direito nacional quando o caso for afeto à regra comunitária ou, dito de outra forma, da aplicação exclusiva do direito comunitário da concorrência em casos de afetação do comércio entre os Estados-membros.

## 1.5. Regras aplicáveis ao controle de concentrações de empresas

No contexto de normas destinadas às empresas é de se relacionar as de controle das concentrações de empresas. Também regulamentadas pelo direito secundário, elas tinham tido suas últimas alterações com o Regulamento n. 1310/97, que modificou parcialmente o Regulamento n. 4064/89. Atualmente, ambos se encontram substituídos pelo de n. 139/2004.

O Regulamento n. 139/2004 consolidou as reformas ocorridas nesse âmbito, já que atualizou, unificou, reformulou e substituiu os regulamentos n. 4064/89/CEE e n. 1310/97/CE. A realização do mercado comum, a entrada em circulação do euro e o alargamento previsto para 2004 continuavam a conduzir as empresas a reestruturações. Impunha-se um instrumento único que permitisse um controle eficaz às concentrações. A regra editada garante uma clareza na aplicação das normas<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> BARTOSCH, Andreas. Von der Freistellung zur Legalausnahme: Der Vorschlag der EG-Kommission für eine 'neue Verordnung Nr. 17', p. 101-107 e BARTOSCH, Andreas. Von der Freistellung zur Legalausnahme: was geschieht mit der Rechtssicherheit?, p. 462-473.

<sup>42</sup> WEITBRECHT, Andreas. *Das neue EG-Kartellverfahrensrecht*, p. 69-73.

O TCE não tem previsão legal para tal controle. Inicialmente foram aplicados os artigos 81 e 82 TCE em caráter subsidiário. O sistema, com o tempo, mostrou-se imperfeito e, em 1989, surgiu um regulamento contendo normas para a atuação dos órgãos da Comunidade diante das operações de concentrações de empresas. Tal regulamentação foi, por assim dizer, imposta com a chegada do objetivo de mercado comum e com o impulso dado a ele pelo Ato Único Europeu, de 1987, o que levou as empresas a prepararem-se para esse mercado. Já a Comunidade esperava do regulamento uma contribuição ao atingimento e manutenção do objetivo referido. O apoio que também essa norma deu ao processo de integração foi sensível. O novo regulamento de 2004 não promoveu alterações de sistema concorrencial, mas unificou as normas envolvendo questões de domínio de aplicação das regras, procedimentos de notificação, abertura dos procedimentos, apreciação das operações e poderes da Comissão e dos Estados-membros.

Desde 1º. de maio de 2004 a Comunidade Européia dispõe do Regulamento n. 139/2004, que revogou os dois anteriores e é o único a ser aplicado ao controle das concentrações de empresas. Conforme antecipado, teve como principal objetivo promover uma unificação das regras, além de alterações processuais, ainda que não tenham sido realizadas alterações nos patamares para a caracterização da dimensão comunitária. O ganho com essas reformas foi de endurecimento do controle e alargamento do seu espectro de aplicação. Isso teve como consequência benefícios à manutenção e ao funcionamento do mercado comum<sup>43</sup>.

## **1.6. Órgãos encarregados da aplicação do direito comunitário da concorrência**

Na Comunidade Européia, quatro órgãos podem ser designados de instituições, quais sejam a Comissão, o Conselho, o Parlamento e o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. A estas estruturas institucionais compete zelar pela efetivação dos princípios acordados. Entre eles, destacam-se dois, com especial pertinência ao tema da concorrência: a Comissão Européia e o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias.

---

<sup>43</sup> Ver o tema do controle de concentrações de empresas em HIRSBRUNNER, Simon. *Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle im Jahr 2005*, p. 711-716; WEITBRECHT, Andreas. *EU Merger Control in 2005 – An Overview*, p. 43-50; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Las Concentraciones de Empresas*, 332 p.; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, p. 1191-1308; BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 601-604; TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*, p. 687-697; TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*, p. 429-432; DÍEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*, p. 557-559 e em JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 392-434.

A Comissão encontra-se regulada pelos artigos 211 a 219 TCE. É órgão integrado por nacionais dos Estados-membros que, ao mesmo tempo, são pessoas independentes que não se reportam aos seus governos.

À Comissão compete a função executiva e a iniciativa normativa. Entre suas competências encontram-se as de iniciar e impulsionar a política comunitária, velar para que as disposições dos Tratados e os princípios do mercado comum sejam cumpridos, daí a conhecida expressão de ser guardiã dos Tratados, e executar o direito comunitário. Com a atribuição de atuar como verdadeira guardiã dos Tratados e da ordem jurídica comunitária, a Comissão zela pela boa aplicação das disposições dos Tratados, bem como das decisões das instituições comunitárias. À Comissão compete, ainda, verificar as suspeitas do incumprimento das obrigações impostas aos Estados-membros, e, no caso de confirmar, sua comunicação poderá implicar um processo perante o Tribunal.

Por fim, para o atingimento dos objetivos, a Comissão tem o direito de recolher informações, aplicar sanções e agir sobre os Estados-membros, as instituições comunitárias e os particulares, consoante o disposto no artigo 213 TCE<sup>44</sup>.

Por outro lado, a criação da Comunidade fez nascer um direito novo, autônomo, chamado de comunitário, que goza de primazia e por tal é supremo na sua relação com o direito nacional, que vem subdividido em originário e derivado. Esse ordenamento necessita ser uniformemente compreendido por todos os Estados-membros. Para tanto, uma jurisdição especializada foi encarregada de ser a última instância para determinar a correta interpretação e aplicação dos Tratados, tendo se tornado base da edificação do direito comunitário. Essa jurisdição é o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, o segundo importante órgão comunitário tratado.

Ele desempenha o controle tanto dos Tratados constitutivos quanto do direito derivado. Assim, o artigo 220 TCE, da regulamentação que se prolonga até o artigo 245, estipula a condição do Tribunal como garantidor do respeito do direito na interpretação e aplicação do ordenamento. Com suas decisões, vai estruturando o *corpus* do direito comunitário europeu<sup>45</sup>, aplicável, entre outros, aos Estados-membros e aos particulares. Faz ser respeitado o conjunto normativo compreendido no direito comunitário, até mesmo no que tange à aplicação interpretativa uniforme por parte das jurisdições nacionais<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Ver o tema em BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 51-58; TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*, p. 36-41; TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*, p. 197-213; Díez MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*, p. 219-235 e em JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 77-78.

<sup>45</sup> CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico*, p. 119.

<sup>46</sup> Conhecer o órgão comunitário Tribunal de Justiça das Comunidades Européia em BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 63-66; TESAURO, Giuseppe.

Quem também desempenha um relevante papel no tema da concorrência, que deve ser mencionado, são as cortes nacionais. Além das autoridades locais de concorrência, as cortes nacionais empregam diretamente as normas de defesa da concorrência. A execução das regras está limitada àquelas regras com aplicabilidade direta, como os artigos 81 e 82, assim como os artigos 86, n. 1, e 88, n. 3 TCE. Os procedimentos e requisitos a serem seguidos perante os tribunais nacionais determinam-se pelas leis nacionais. A aplicação do direito de defesa da concorrência pelos órgãos administrativos e judiciários nacionais vem adquirindo cada vez mais importância, devido, principalmente, à quantidade excessiva do serviço tido pela Comissão, fato sempre apontado como ensejador das reformas ocorridas<sup>47</sup>.

## 2. Regulamentação das ajudas públicas no Direito Comunitário da Concorrência

Esta parte do artigo se dedica às regras materiais e processuais do direito comunitário da concorrência aplicáveis aos Estados-membros. A proibição às ajudas públicas vem regulada nos artigos 87 a 89 TCE. Ajudas públicas podem prejudicar a concorrência e conturbar a igualdade entre as empresas da mesma forma que as práticas antes relatadas. Por isso, a Comunidade dispõe do mais rigoroso controle de todos os blocos comerciais<sup>48</sup>.

A Seção II do Capítulo I do Título VI do TCE prevê regras aplicáveis aos Estados-membros, que são complementares às da Seção I, aplicáveis às empresas<sup>49</sup>. Dentro das regras da concorrência estão as relativas aos auxílios públicos, destinadas aos Estados, tornando-os também destinatários daquelas, especialmente pela importância do tema na constituição do mercado comum e pela relevância que o controle das ajudas assumiu com a entrada em vigor desse mercado. Isso posto, inicialmente serão vistas as regras materiais.

---

*Diritto Comunitario*, p. 47-54; TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*, p. 229-231; DÍEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*, p. 309-366 e em JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 78-82.

<sup>47</sup> O papel das cortes nacionais pode ser consultado em van KAPPEL, Antonio Pérez. *Auf dem Weg zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG durch die nationalen Gerichte*, p. 228-233; RUIZ-JARABO COLOMER, Damaso. *El juez nacional como juez comunitario*, 202 p.; ZINSMEISTER, Ute. *Die dezentrale Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts durch die nationalen Kartellbehörden in der Praxis*, p. 115-120 e em EHLERMANN, Claus-Dieter. *Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts durch Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten*, p. 45-55.

<sup>48</sup> Certamente em reflexo de a Comunidade possuir a mais clara orientação a uma economia de mercado do mundo. EHLERMANN, Claus-Dieter. *The contribution of EC competition policy to the single market*, p. 273.

<sup>49</sup> HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 150.

A decisão do trato desses aspectos no Tratado se deu pelo efeito majoritariamente nefasto que os auxílios públicos promovem na concorrência e na consecução do mercado comum, motivo pelo qual foram severamente proibidos no ordenamento comunitário, já no direito primário.

Com as proibições à concessão de auxílios públicos, quis-se impedir que os Estados-membros modificassem artificialmente as condições da concorrência, subsidiando empresas, setores ou regiões que de outra forma não teriam competitividade face às congêneres dos outros Estados. Os auxílios foram considerados as principais medidas dos Estados contra a queda das barreiras e o principal implicador a um provável insucesso à época do mercado comum. Considerava-se que uma das maiores garantias que podia ser dada a uma empresa era que a concorrência não viesse a ser falseada de forma artificial<sup>50</sup>. Os efeitos na concorrência eram entendidos como tão nefastos que durante vários anos sequer as regras comportaram uma exclusão *de minimis*. Bastavam as derivações para que a norma fosse entendida como ampla o suficiente.

Portanto, o trato das questões não vem sem antes ser feita uma introdução para ressaltar o nexos funcional e teológico existente entre a concessão ilegal de auxílios públicos e a concretização do mercado comum. Como é sabido, a concessão de tais auxílios pode vir a deturpar a liberdade de concorrência, infringir o direito da concorrência e, conseqüentemente, se não disciplinada, impedir os processos de integração que almejam o alcance da fase de mercado comum de chegar ao seu objetivo final.

Na seqüência, em terceira abordagem, serão apresentadas as regras processuais aplicáveis aos Estados-membros.

Por fim, são trazidas algumas reformas ocorridas nas regras aplicáveis aos Estados-membros, que descentralizaram ainda mais a aplicação das normas referentes às ajudas públicas, em momento prévio àquela que é o objeto central desse artigo.

## **2.1. Nexos entre auxílios públicos e concretização do mercado comum**

O atingimento do mercado comum ensejou o desaparecimento dos obstáculos diretos, tais como as barreiras ao comércio. Eram aguardadas barreiras indiretas como efeito já da sua entrada em vigor e concessões de ajudas públicas como instrumento e último recurso dos Estados-membros. Este

---

<sup>50</sup> STEINDORFF, Ernst. Beihilfeverbote im Gemeinschaftsrecht und nationals Privatrecht. In: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag*, p. 497.

fato determinou uma nova orientação da Comissão relativa ao controle deles, que envolveu inclusive uma extensão conceitual e a afirmação categórica da exclusão da aplicação de uma regra *de minimis*, na época, aos auxílios públicos. Outras áreas, haja vista o original regulamento de controle das concentrações ser contemporâneo, também foram afetadas por essa nova orientação da Comissão.

Uma questão muito interessante e pertinente para os objetivos do estudo desse tema é o problema dos auxílios públicos destinados às empresas no quadro da construção progressiva de um mercado comum. Resumidamente, é a necessidade do controle das ajudas para concretizar o mercado comum após o desaparecimento de inúmeros obstáculos diretos ao comércio intra-comunitário. MORAIS, por exemplo, procura dilucidar o nexos funcional e teleológico entre as realidades jurídicas e políticas do controle dos auxílios públicos e do regime do mercado comum. Sua obra também contata com o problema da participação do Estado no capital das empresas e outras questões suscitadas pelas empresas públicas<sup>51</sup>. A presente parte inicia, pois, com a caracterização desse nexos.

A concessão e o controle das ajudas se tornaram mais importantes com a entrada em vigor do mercado comum. Na exata medida em que as barreiras nacionais eram removidas, com as quais podiam contar, os Estados criavam barreiras indiretas de proteção artificial e concediam ajudas às suas empresas e parques industriais. Elas foram utilizadas pelos Estados-membros como instrumento e último recurso para a manutenção dos mercados nacionais. Ambas as práticas e a própria participação dos Estados no capital das empresas necessitaram ter seu controle reforçado. Ele não seria completo se a relação financeira entre os Estados e as suas empresas não tivesse sido incluída.

Esses procedimentos, considerados pela doutrina de nexos funcional e teleológico<sup>52</sup>, se apresentaram como antagonicos. Se tivessem se mantido, o efeito econômico teria sido de represália às empresas de maior eficiência e de perda de competitividade e de vantagens da unificação dos mercados, ademais de desperdícios de recursos estatais. Porém, não se pode negligenciar a contribuição do regime de ajudas para o alcance do mercado, por sua capacidade reguladora. Ele permitiu o estabelecimento de iguais condições de concorrência. Visando a isto é que o sistema não promoveu uma proibição total, mas um controle, pois, além de admitidos, alguns auxílios trazem vantagens para a economia como um todo, especialmente se vinculados a objetivos legítimos de crescimento econômico. Nesse sentido está a disciplina do artigo 87 TCE, que prevê categorias de ajudas compatíveis com o mercado comum e outras que podem ser assim consideradas, a seguir expostas.

---

<sup>51</sup> MORAIS, Luís. *O Mercado Comum e os auxílios públicos: novas perspectivas*, p. 95-175.

<sup>52</sup> O fenômeno conhecido na doutrina como o nexos funcional e teleológico entre mercado comum e a política dos auxílios públicos está referido em MORAIS, Luís. *O Mercado Comum e os auxílios públicos: novas perspectivas*, p. 1, 7, 25 e 35.

## 2.2. Regras materiais aplicáveis aos Estados-membros

A doutrina aponta três categorias de obstáculos indiretos, quais sejam, os problemas de harmonização fiscal, os problemas relativos aos contratos de direito público e os problemas relacionados com o controle dos auxílios públicos. Ainda que relevantes, não cabe aqui aprofundar todos os possíveis obstáculos indiretos, mas apenas o principal para este estudo, qual seja, a concessão de auxílio público.

É devido reafirmar que não se fala em uma completa nem em uma parcial eliminação, nem em uma proibição total<sup>53</sup>, mas em um controle através da Comunidade que permita assegurar um determinado grau de concorrência que, comportando certas restrições, assegure o dinamismo e a abertura dos mercados, fundado no princípio da concorrência praticável (*workable competition, leistungsfähiger Wettbewerb*)<sup>54</sup>. Nesse sentido, entende-se que a consolidação do mercado comum impede uma repentina supressão de todos os auxílios públicos<sup>55</sup>. Isto é, além de admitidos, alguns são necessários<sup>56</sup>, dificilmente evitáveis, pois trazem vantagens para a economia como um todo<sup>57</sup>. Isso responde porque o Tratado não proibiu aqui como fez nos casos de abuso de posição dominante<sup>58</sup>, em que não são previstas exceções. Vale ressaltar que “a ajuda estatal pode constituir um instrumento de desenvolvimento da política estrutural, quando certos objectivos legítimos de crescimento económico não possam ser atingidos unicamente pela ação das forças do mercado (...)”<sup>59</sup>. O próprio artigo 87 TCE enuncia três categorias de ajudas que são compatíveis com o mercado comum (derrogação de proibições que resulta diretamente do Tratado e não está, por isso, dependente de qualquer intervenção comunitária) e quatro que podem

<sup>53</sup> KOENIG, Christian; KÜHLING, Jürgen. *Grundfragen des EG-Beihilfenrechts*, p. 1065.

<sup>54</sup> Conceitos e caracterização para uma concorrência perfeita podem ser vistos em CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*, p. 9-12; CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*, p. 18-19 e em SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, p. 56-57.

<sup>55</sup> ARNDT, Hans-Wolfgang. *Europarecht*, p. 149 e FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. El control de las ayudas financieras nacionales. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; GONZÁLES CAMPOS, Julio D.; MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo: Estudio sistemático desde el derecho español*, p. 620.

<sup>56</sup> ARNDT, Hans-Wolfgang. *Europarecht*, p. 149.

<sup>57</sup> CASPARI, Manfred. Die Beihilferegeln des EWG-Vertrags und ihre Anwendung. In: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; MÖLLER, Hans; SCHWARZ, Hans-Peter (Hrsg.). *Eine Ordnungspolitik für Europa: Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag*, p. 71.

<sup>58</sup> VAN DE WALLE DE GHELCKE, Bernard. Reflexión sur l'application 'horizontale' des règles sur les aides d'État. In: DONY, Marianne (Coord.). *Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck*, p. 1595.

<sup>59</sup> MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*, p. 320.

ser consideradas compatíveis (se a Comissão não tiver razões para se opor a elas)<sup>60</sup>. Nesse sentido, a Comissão declarou certas ajudas para promover o desenvolvimento regional ou auxiliar determinadas indústrias como compatíveis com o mercado comum. A dificuldade reside em definir a compatibilização dos princípios de não-falseamento à concorrência e eventual contribuição de determinados auxílios e do controle dos outros para o atingimento das metas comunitárias, entre as quais esteve uma vez o mercado comum. Para tanto existem regras, a seguir abordadas.

### 1. Artigo 87, n. 1, TCE

O artigo que abre a seção Ajudas outorgadas pelos Estados é o 87 TCE. Juntamente com o artigo 88 TCE, atualmente oferece apenas uma primeira orientação<sup>61</sup>. Desde o momento da concepção do Tratado até hoje, numerosas decisões, comunicações e diretrizes da Comissão<sup>62</sup> e decisões dos Tribunais esclareceram os pontos centrais das questões envolvendo os auxílios públicos. Por exemplo, o seu n. 1 não possui efeito direto. Mas o artigo 88, n. 3, frase 3 TCE tem. Isso é bem diferente da atual realidade dos artigos 81 e 82 TCE.

Em linhas gerais, as práticas comerciais que promovem condições de diferenças podem decorrer de dois grandes grupos de atitudes: barreiras ao ingresso de produtos ou serviços estrangeiros, como restrições quantitativas ou qualitativas à importação<sup>63</sup>, e ajudas a empresas nacionais, ou seja, ajudas públicas.

Por tal, segundo o artigo 87, n. 1 TCE, salvo disposição em contrário do Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais,

---

<sup>60</sup> Em atenção a isto, também a própria Comunidade, por sua parte, dispõe de variados instrumentos para o financiamento de numerosos âmbitos de suas competências, como por exemplo a agricultura, sem que estas ajudas sejam diretamente submetidas às regras aqui estudadas. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Op. cit.*, p. 1065 e SEIDEL, Martin. *Das Beihilfenrecht der Europäischen Gemeinschaft*, p. 7-9. Ajudas comunitárias são as ajudas oferecidas pela Comunidade Européia, autorizadas por fundamento jurídico comunitário e que por isso beneficiam os concorrentes em todos os Estados-membros. Essas ajudas não são abrangidas pelas normas aqui estudadas, pois não são outorgadas pelos Estados-membros, embora provenham deles. Outras medidas excetuadas do regime comunitário seriam as ajudas carentes de caráter puramente nacional, as ajudas outorgadas por terceiros países, a fixação de preços mínimos pelo Estado e as medidas que limitem a repartição de contingentes aduaneiros de caráter comunitário. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, p. 186-187. Nem por isso quer dizer que não produzam efeitos inconseqüentes no mercado comum. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung?*, p. 519.

<sup>61</sup> KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Grundfragen des EG-Beihilfenrechts*, p. 1065.

<sup>62</sup> Considerada por EHLERMANN como um “árbitro independente” quando trata das questões de execução de regras relativas às ajudas públicas e derrogações da proibição. EHLERMANN, C.-D. *Les entreprises publiques et le contrôle des aides d'État*, p. 615.

<sup>63</sup> CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 263.



independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

Ante a isso, para que uma ajuda pública seja proibida, quatro são as condições necessárias: que haja uma vantagem para a empresa interessada, que seja concedida por um Estado ou mediante recurso estatal, que tenha caráter específico, isto é, que favoreça somente uma determinada empresa ou produção, e que afete as trocas comerciais entre os Estados-membros, isto é, apenas quando a ajuda pública modificar a situação da concorrência entre os concorrentes. E o comércio entre os Estados-membros é influenciado quando o acesso ao mercado é dificultado a concorrentes de outros Estados-membros.

Essas quatro condições são cumulativas. Quando uma delas não está presente, não se está perante uma ajuda de Estado, mas diante de uma relação comercial normal entre uma empresa e um membro da Comunidade. Do contrário, quando se está presente às mencionadas condições, certamente se trata de uma ajuda de Estado, mas não necessariamente de uma ajuda vedada<sup>64</sup>. Como dito, o sistema não contém nenhuma proibição absoluta<sup>65</sup> nem incondicionada de ajudas, mas um controle, exercido pela Comissão, regulado pelo artigo 88 TCE, baseado em processo de fiscalização.

O conceito de auxílios públicos é mais amplo que o de subvenções. Estas envolveriam apenas os pagamentos pecuniários. Auxílios, mais amplamente vistos, seriam quaisquer sacrifícios ou encargos financeiros para o Estado<sup>66</sup>. Mas não é necessário que haja um dispêndio de dinheiro, pois a despesa pode ter caráter negativo, como se verá mais detalhadamente quando forem citados exemplos. Também pouco interessa se o auxílio foi dado efetivamente pelo Estado. O que importa é a origem pública, independentemente da natureza jurídica das entidades que intervêm na atribuição concreta do auxílio. Ante a ausência de uma verdadeira definição, bem como de uma lista de medidas proibidas, o concreto alcance do conceito é precisado pela prática, marcado por um acentuado casuísmo, o que confere à jurisprudência um papel relevante<sup>67</sup>.

A partir dos novos desenvolvimentos jurídicos experimentados pelo conceito de auxílios públicos, MORAIS analisa a subsunção sob este das participações públicas no capital das empresas públicas e as novas exigências

---

<sup>64</sup> CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. Op. cit., p. 264.

<sup>65</sup> CELLI JUNIOR, Umberto. Regras de concorrência no Direito Internacional moderno, p. 171.

<sup>66</sup> FIGUEREDO, Julio. Derecho de la competencia e integración económica: la situación en el Mercosur. In: CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 2, p. 79. Mais sobre o conceito de ajuda estatal pode ser visto em PASCAR, Norma A. II parte: El derecho de la competencia en la Comunidad Europea. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado, p. 91-94.

<sup>67</sup> RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio. Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado, p. 59. A ausência de uma definição no Tratado pode mesmo ter sido intencional. Uma expressa extensão do conceito levaria os Estados a encontrarem práticas que não se submetessem a ela. SCHINA, Despina. State aids under the EEC treaty: Articles 92 to 94, p. 13.

em matéria de transparência das relações entre Estados-membros e empresas<sup>68</sup>. É o caso do Estado-empresário, como agente econômico ou como acionista, acumulador dos papéis de proprietário e de poder público, suscetível à influência de vários objetivos<sup>69</sup>.

A necessidade de uma transparência ditou o surgimento da Diretiva n. 80/723/CEE, que se constituiu na primeira etapa da nova orientação<sup>70</sup> comunitária relativa às participações empresariais públicas. Essa diretiva consagrou um conceito lato de empresa pública, baseado no critério da influência dominante no comportamento da empresa<sup>71</sup>, o que não necessariamente se resume a uma participação pública majoritária.

Para o efeito da transparência, essa diretiva consagrou eventos a serem comunicados à Comissão, de forma meramente enunciativa, como por exemplo as subvenções a fundo perdido, empréstimos em condições privilegiadas, concessão de vantagens financeiras sob forma de não-percepção de benefícios ou de não-cobrança de créditos e renúncia à remuneração normal dos recursos utilizados.

Participações empresariais públicas podem constituir uma forma original de auxílio público incompatível, desde que não correspondam aos padrões normais de investimentos, em especial nos casos em que as sociedades não teriam capacidade para se financiarem no mercado de capitais, análise que é feita com o uso do critério do investidor privado normal, logo a seguir visto.

A caracterização como auxílio envolve ainda a análise do mercado relevante<sup>72</sup>. A definição deste, como já visto, envolve os critérios territorial e do produto. O do produto leva em conta a ótica do consumidor, julgada segundo o conceito mercadológico de necessidade. Perante a existência de saturação no mercado ou capacidade produtiva instalada excedente, qualquer, mesmo a mínima vantagem concedida a uma empresa por um Estado poderá afetar o comércio intra-comunitário. Um efeito, todavia, sobre o mercado relevante, diferentemente do que se passa nos artigos 81 e 82, não chega a ser necessário para a proibição da concessão do auxílio<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 95.

<sup>69</sup> CASPARI, M. *Op. cit.*, p. 70 e MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 99.

<sup>70</sup> MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 99.

<sup>71</sup> CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 190-198.

<sup>72</sup> KOENIG e KÜHLING falam da necessidade de uma aplicação mais larga deste conceito como um dos princípios para a redução de inconseqüências e déficits no controle de ajudas públicas. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung?*, p. 522.

<sup>73</sup> JESTAEDT, Thomas; MIEHLE, Andreas. *Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten: Die neuen Leitlinien der Kommission*, p. 659. No mesmo sentido de que basta que a afetação seja potencial, o que no caso de auxílios é até presumido, ver NOWAK, Carsten. *Die Entwicklung des EG-Beihilfenkontrollrechts in den Jahren 1998, 1999 und 2000*, p. 296.

O conceito de Estado deve ser entendido de forma ampla e não pode basear-se unicamente na terminologia de um dos Estados-membros. Fazem parte do Estado as instituições constitucionalmente independentes, as coletividades descentralizadas, os organismos de tipo corporativo, os organismos públicos e privados instituídos pelo Estado, as pessoas jurídicas de direito público, todos os órgãos da administração, as entidades regionais ou locais dos Estados-membros, organismos cuja composição e funcionamento estão previstos por lei e que dependem dos poderes públicos pela nomeação dos seus membros, organismos públicos ou privados que o Estado institui ou designa com a finalidade de gerir a ajuda, entre outros<sup>74</sup>.

A especificação do que significa a palavra Estado é tarefa da Comissão e do Tribunal. A palavra assume necessariamente um significado muito amplo, devido à substancial diversidade da organização administrativa dos países. Alguns possuem estrutura centralizada, como França e Holanda, e, outros, estrutura descentralizada, marcada pela repartição de competências entre Estado central e regiões, como Alemanha e Espanha. Assim, ambas as instituições consideram que a ajuda pode ser a concedida pelo Estado como entidade jurídica própria ou por sua articulação, qual seja um ministério, a província, a comunidade, a municipalidade, o departamento, a região, a comunidade autônoma ou os *Länder* alemães. Todos são diretamente obrigados, no âmbito de suas competências, a observarem as regras relativas à concessão de auxílios públicos.

Também as ajudas que não sejam pagas diretamente por organismos estatais devem submeter-se às regras. O importante é que em ao menos uma parte delas<sup>75</sup> haja recursos provenientes de recursos estatais. Sempre que o subsídio venha a sobrecarregar o orçamento de um Estado-membro, este requisito é cumprido. Não faz a menor diferença se o auxílio é proveniente do próprio Estado-membro ou de alguma de suas corporificações. O que seriam instituições do Estado? Numa interpretação ampla, como visto acima, estão envolvidas as empresas detentoras de direitos especiais ou exclusivos que fornecem auxílios estatais. Mas e o caso de instituições públicas e privadas erigidas pelo Estado? A discussão reside nas públicas, erigidas pelo Estado, mas mantidas por recursos privados. As privadas, que distribuem dinheiro estatal, assim quando são mantidas por empresas estatais, tornariam este um auxílio público, pois provenientes do Estado. Agora, e as públicas, que distribuem dinheiro privado? Pode vir este a ser considerado auxílio também, sempre que seja o Estado o ordenador da distribuição do dinheiro, isto é, quando a escolha do beneficiário recaia sobre o Estado ou alguém por ele indicado. Tal caráter faz

---

<sup>74</sup> Fundamentações jurisprudenciais para esta série de exemplos podem ser vistas em ALVES, J. de J. F. *Op. cit.*, p. 319-320.

<sup>75</sup> MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, p. 550.

com que o recurso estendido seja considerado auxílio. Essa análise se dá pelo grau da possibilidade de influência do Estado na concessão<sup>76</sup>.

Os auxílios são classificados em despesas orçamentais positivas, nas quais entrariam as subvenções, despesas orçamentais negativas, envolvendo os benefícios fiscais, e as participações públicas no capital de empresas, que é a menos transparente de todas as modalidades<sup>77</sup>.

Isso posto, como exemplos, são auxílios as isenções fiscais, qualquer diminuição das receitas públicas, bonificações de juros, coberturas de perdas de exploração e toda e qualquer outra medida equivalente, já que nenhuma enumeração é taxativa nem vinculativa, mais os auxílios para investimentos diretos, favorecimentos de créditos, facilitações de impostos, tarifas especiais para serviços públicos e compras de terrenos abaixo do preço de mercado<sup>78</sup>. As ajudas concedidas por um Estado podem assumir ainda outras variadas formas, tais como garantias de empréstimos em condições particularmente favoráveis, concessão de prédios ou terrenos a título gratuito ou em condições particularmente favoráveis, financiamento de infra-estrutura e urbanização<sup>79</sup>, fornecimento de bens ou serviços em condições preferenciais, isenção de impostos e taxas, isenções de direitos para-fiscais ou outras medidas de efeito equivalente, como o Estado deixar de receber ganhos financeiros.

A relação entre favorecimento e prestação pode ser avaliada a partir do critério de investidor privado (*market economy investor*, *Marktinvestorenprinzip*), que é decorrente da jurisprudência<sup>80</sup>. Há critérios

<sup>76</sup> CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 219. Mais sobre o grau da possibilidade de influência estatal (*Grad der staatlichen Einflussmöglichkeit*) pode ser visto em KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Grundfragen des EG-Beihilfenrechts*, p. 1068.

<sup>77</sup> Segundo outra classificação, tais situações podem ser agrupadas em três categorias: financiamento da empresa em condições diversas das quais poderia oferecer o mercado de capitais, aportes de capitais em condições de não-remuneração e alívio sobre o balanço. CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 265.

<sup>78</sup> FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maik. *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*, p. 100. Outro tanto está citado em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 207-208.

<sup>79</sup> Sobre esta modalidade de ajuda em específico, ver o trabalho de SOLTÉSZ. A verificação da compatibilidade com o mercado comum de urbanização de terrenos industriais e a melhoria da infra-estrutura tornou-se prática constante da Comissão em seus casos envolvendo a concessão de auxílios públicos, uma vez que tais práticas podem ser ajudas camufladas ou ocultas. Por certo, para um investidor é confortável receber do Estado tudo pronto. Por outro lado, incertezas na prática da Comissão levavam os Estados a contornar as rígidas regras e a se valer destes auxílios como elementos de atração para os investidores. Assim agindo, diminuam os custos para as empresas que se instalavam, as colocavam em posição de competitividade melhor com as dos outros Estados-membros, e, em consequência final, podiam vir a falsear a concorrência. Superficialmente, é possível ser dito que a questão de se uma tal forma de ajuda é abrangida ou não pela regra do artigo 87 TCE depende ainda do universo dos beneficiários. Se for uma única empresa beneficiada, como por exemplo quando a infra-estrutura ou urbanização for realizada num pátio interno, está cumprido o critério da especificidade e tal é considerado auxílio público incompatível com o mercado comum. SOLTÉSZ, Ulrich. *Öffentliche Finanzierung von Infrastruktur- und Erschließungsmaßnahmen und das EG-Beihilferecht*, 107-111.

<sup>80</sup> Caso República Italiana c. Comissão (Alfa Romeo), TJCE, Col. 1991, p. I-1603, apartado 19 e seguintes, embora não haja acordo entre os autores em indicar qual foi a primeira sentença do

informadores importantes que não constaram do Tratado e que, portanto, vieram a ser definidos pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, como por exemplo o aqui abordado<sup>81</sup>. Mas, enfim, como diferenciar a atitude do Estado perante as empresas enquanto outorgador de auxílios ou investidor comum? Pois esta diferenciação é dada pelo critério do investidor privado. A sua aplicação hoje é plenamente reconhecida.

Entende-se por critério do investidor privado o aplicado quando o Estado financia uma empresa pública como acionista ou investidor normal. Isto é, quando financia a empresa como um acionista que financia uma empresa privada, com auxílios efetuados em circunstâncias aceitáveis por um investidor privado. Nesse caso, a análise que tem que ser feita é averiguar se em idênticas situações um investidor privado, pelas possibilidades de rentabilidades previsíveis, com abstração de considerações de caráter social ou de política regional ou setorial, teria igualmente procedido tal ingresso de capital ou, noutra perspectiva, se o investidor privado teria dispensado o recebimento de lucros que o Estado-membro dispensou. Ou, dito de outra forma, não se pode falar de auxílios de Estado e nem de favorecimento quando há entrada de capital fresco nas empresas, se ocorrer em circunstâncias que sejam aceitáveis para um investidor privado, atuando em condições normais de uma economia de mercado. Enfatizando, vale dizer que sempre que um investidor privado, baseando-se na taxa previsível de rentabilidade do capital investido<sup>82</sup>, tomasse a mesma decisão, o caso não se trata de auxílio e sim de investimento. O momento para essa análise, também um fator a considerar<sup>83</sup>, é o no qual se adotou a decisão de investimento ou financiamento.

## 2. Artigo 87, n. 2

Na seqüência do Tratado, o artigo 87, n. 2 TCE apresenta as primeiras derrogações da proibição por exceções legais. Há situações em que as condições de mercado não permitem um livre comércio. Em tais hipóteses as ajudas públicas não são vistas como negativas<sup>84</sup>, desde que completem a lacuna estrutural da empresa ou de setor débil da economia. A vertente social e o caráter excepcional que elas comportam fazem com que se adaptem perfeitamente aos

---

Tribunal que confirmou a validade da aplicação do princípio. A Comissão se valeu de uma Comunicação de 17 de setembro de 1984 para tanto. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. *Op. cit.*, p. 63-65.

<sup>81</sup> Ver um estudo mais detalhado em JAEGER JUNIOR, Augusto. Os critérios de mercado relevante e investidor privado no Direito Comunitário da Concorrência. In: SILVA, Osmar Vieira da (Org.). *Os novos desafios e paradigmas do direito, comércio e relações internacionais no século XXI*, p. 187-191 e em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 181-198.

<sup>82</sup> Critérios para a determinação da rentabilidade provável do investimento, baseados no custo do capital e na taxa de retorno mínima, segundo o modelo de valoração de ativos financeiros, no prazo razoável de recuperação do investimento e no momento em que se tomou a decisão de investir, são analisados em RODRÍGUEZ MIGUEZ. *Idem*, p. 68-74.

<sup>83</sup> KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. *Europarecht*, p. 326.

<sup>84</sup> CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 272.

princípios e normas do direito comunitário<sup>85</sup>. Portanto, o Tratado exclui a aplicação das regras nos âmbitos ali elencados e permite a derrogação da proibição constante do artigo 87, n. 1 TCE.

Algumas derrogações assumem caráter automático<sup>86</sup>, outras são de decisões discricionárias da Comissão, possíveis em presença destas determinadas condições. As exceções *de iure* são imperativas, aplicando-se independentemente de qualquer apreciação das instituições comunitárias e de se afetam os intercâmbios ou falseiam a concorrência.

Essas exceções representam um estreito campo<sup>87</sup> de auxílio, que servem a circunstâncias sociais especiais ou à minimização de prejuízos, ou ao equilíbrio de desvantagens. Por isso, as disposições do artigo 87, n. 2 TCE, são de *per se* compatíveis com o mercado comum. O entendimento que se tem é que são ajudas<sup>88</sup>, e sempre compatíveis com o mercado e com a concorrência comunitários, ainda que afetem os intercâmbios entre os Estados-membros, embora se saiba que essas permissões podem falsear a concorrência e como resultado final comprometer o atingimento do mercado comum.

A primeira exceção refere-se aos auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos. A segunda, aos auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários. Esses fenômenos são os que os ingleses classificam como *acts of God* e envolvem inundações, secas e epidemias. Por fim, a última regra de exceção refere-se aos auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afetadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens econômicas causadas por essa divisão (*Teilungsklausel*). Nessa questão, somente são admitidas as ajudas que mostrem uma função eliminadora de prejuízos, que venham condicionadas à separação da Alemanha e que precisam ser originadas em uma relação de causalidade entre prejuízos econômicos e a separação físico-geográfica. Com a Unificação Alemã, essas ajudas tornaram-se de maior necessidade, tendo em vista as enormes

---

<sup>85</sup> MOLINA DEL POZO, C. F. *Op. cit.*, p. 556.

<sup>86</sup> Algumas posições doutrinárias se referem a uma inexistência de poder de apreciação no quadro do artigo 87, n. 2 TCE, como há no n. 3. MORAIS não concorda inteiramente com este pensamento, ao afirmar que “O carácter automático do reconhecimento destas derrogações só aparentemente elimina por completo qualquer margem de apreciação da Comissão. ‘Essa faculdade de apreciação subsiste (sob forma de discricionariedade propriamente dita, ou sob uma qualquer forma de discricionariedade imprópria)’ embora em menor grau e extremamente limitada por vinculações normativas”. MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 88-89.

<sup>87</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 330. Também sobre a interpretação estreita que a prática oferece ver NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 296-297.

<sup>88</sup> Assim FERNÁNDEZ FARRERES, para quem esta é a única forma de entender o verdadeiro sentido da previsão, uma vez que se ela não existisse, as ali constadas seriam consideradas ajudas. FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Op. cit.*, p. 633.

transferências de recursos que vêm sendo efetuadas a fim de reequilibrar as disparidades na Alemanha<sup>89</sup>.

### 3. Artigo 87, n. 3

O artigo 87, n. 3 TCE apresenta as cláusulas excepcionais submetidas a julgamento discricionário. Estas contêm os requisitos para a autorização de concessão de ajudas. As situações listadas são ajudas, mas apesar do efeito falseador da concorrência e dos intercâmbios comerciais que delas possa derivar, poderão ser consideradas compatíveis com o mercado comum. O rol é taxativo, e não-exemplificativo como os demais, especialmente os dos artigos 81 e 82 TCE<sup>90</sup>.

Há três domínios de auxílios públicos que podem ser sujeitos a um juízo de compatibilidade com o Tratado, quais sejam os auxílios de natureza regional, que são de grande importância para a Comunidade<sup>91</sup>, auxílios de natureza setorial e auxílios de caráter geral. Atualmente, em função da autorização recebida pelo Regulamento n. 994/98, tem e já usou a Comissão a possibilidade de definir por regulamentos de isenção por categorias os auxílios que devem ser dispensados da obrigação de notificação.

Outras possibilidades de exceções também são admitidas. O artigo 89, n. 1 TCE tem como resultado a utilização de isenções por categorias para as liberações das proibições nos casos de ajudas públicas. Para tanto, existem regulamentos de isenção que se relacionam a auxílios para formação profissional, auxílios para pequenas e médias empresas e para ajudas

---

<sup>89</sup> A interpretação desta norma sempre gerou controvérsias entre a Comissão e a Alemanha e por tal foi muito tratada na doutrina. Há entendimentos de que o retrocesso de algumas *Bundesländer* não decorre da divisão em si, mas das condições dos diferentes sistemas econômicos adotados. Esta é a atual interpretação da Comissão, que não tem a norma como derogada com a Unificação, mas passou a interpretá-la estreitamente, como exceção. NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 297. E nem poderia, pois a manutenção deste preceito ainda no Tratado de Amsterdam foi devido ao veto alemão a sua supressão. CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 242-243. Neste sentido KOENIG e HARATSCH, para quem "O atraso econômico dos novos Estados alemães em comparação com os antigos Estados não depende da divisão em si, mas do prejudicial sistema político-econômico que não é capaz de ser tomado em consideração". KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 330. Com esta interpretação também concorda o Tribunal. Lembram ainda os autores que mesmo em relação aos novos Estados a concessão de auxílios é dependente de uma estreita relação de causalidade entre o prejuízo econômico e o estabelecimento de linha divisória. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Op. cit.*, p. 1070. Exemplificando, FASTENRATH e MÜLLER-GERBES também têm que a aplicação desta exceção legal nos novos Estados é duvidosa, pois o Tribunal de Justiça de Primeira Instância reconheceu em uma decisão do ano de 2000 a inaplicabilidade do artigo 87, n. 2, letra c TCE. FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Op. cit.*, p. 101.

<sup>90</sup> A doutrina observa que o debate quanto ao caráter meramente exemplificativo dos artigos 81 e 82 TCE não é conclusivo, já que "Há os que consideram estas descrições legislativas como sendo 'tipos fechados'". A discussão pode ser acompanhada em PASSOS, Fernando. *O sistema de concorrência na União Européia: modelo para o Mercosul?*, p. 32-33.

<sup>91</sup> Sobre as diretrizes da Comunidade que reduziram o número de regiões e diminuíram os patamares máximos admissíveis destas ajudas, apontadas também como promotoras de uma reforma, ao lado das medidas aqui evidenciadas, ver KEPPELNE, Jean-Paul. *(R)évolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'État*, p. 139-141.

ocupacionais<sup>92</sup>. Na condição de regulamentos, as isenções da proibição da concessão de auxílios públicos possuem aplicabilidade direta. Os Estados doadores não se submetem ao processo de notificação do artigo 88, n. 3 TCE. Isto é, caso uma ajuda cumpra os requisitos para a isenção disposta em algum dos regulamentos, o Estado está dispensado do dever de notificação. Ainda, outra vantagem observada com a adoção de regulamentos é que os processos sofrem uma facilitação e aceleração por ocasião da averiguação por parte da sobrecarregada Comissão, o que vinha muito relacionado aos desejos de reforma das regras de aplicação dos artigos 81 e 82 TCE.

O rol taxativo do artigo 87, n. 3 TCE apresenta cinco hipóteses. A primeira refere-se aos auxílios destinados a promover o desenvolvimento econômico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, conhecidas como as ajudas regionais e dizem respeito a territórios definidos. As regiões européias não são economicamente homogêneas e, em função disso, há as que são sustentadas pelos Estados. Para que uma ajuda possa ser autorizada sob essa regra, a Comissão elabora um projeto coerente e orgânico que estabeleça previamente a linha de intervenção e os meios de realização.

A segunda hipótese do n. 3 refere-se aos auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-membro. Assim é o caso da construção de uma ponte ou de um aeroporto. Nestes, é prevalente o interesse geral comunitário ante a intervenção do Estado, o que permite que uma ajuda seja considerada compatível com as regras do Tratado. Bem como o dos auxílios destinados a sanar uma grave perturbação da economia de um Estado-membro, diversa de calamidades naturais ou de outro evento de natureza excepcional, pois essas vêm tratadas no n. 2, letra b, do mesmo artigo.

A terceira hipótese refere-se aos auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões econômicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum. O conceito de atividade econômica não compreende qualquer tipo de atividade comercial, mas aquela que pode caracterizar a produção nacional de um Estado-membro. Deve ser assinalada com certa relevância na economia geral, e por tal um auxílio pode ser considerado compatível. Assim, vê-se a construção naval, a agricultura, a indústria automobilística e o transporte aéreo.

A quarta hipótese diz respeito aos auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do patrimônio, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na Comunidade em sentido contrário ao interesse comum. Ela tem sido empregada para favorecer a indústria editorial e

---

<sup>92</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 331 e PASCAR, N. A. *Op. cit.*, p. 98-101.



cinematográfica europeia, obrigada a competir com a poderosa norte-americana, que dispõe de grandes investimentos e canais de distribuição.

Por fim, o artigo encerra as outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão. Essa alínea manifesta a larga margem de apreciação que a Comissão detém. A discricionariedade aqui é enorme, ainda que vezes doutrinárias vejam uma salvaguarda contra possíveis abusos nos condicionamentos da decisão do Conselho<sup>93</sup>. Assim, o Tratado expressa o desejo de não limitar a vontade de aceitar outros tipos de ajudas, sempre e quando estas sejam relevantes para a finalidade perseguida.

A prática da Comissão pode ser melhor observada segundo os objetivos do fomento ou os destinatários do favorecimento<sup>94</sup>. Quanto às ajudas segundo os objetivos do fomento, vale referir que as que diminuem os custos das empresas, sem propósitos ou projetos, são perniciosas e por tal não são autorizadas. Mas o artigo 87, n. 3, alínea a prevê exceções. Ajudas às exportações também são proibidas. Não cabem nem na exceção da regra *de minimis*. Ajudas financeiras para investimentos só são autorizadas com o objetivo de fomentos regionais ou envolvendo pequenas e médias empresas, ou ainda proteção ao meio ambiente. Alguns tipos de ajudas para pesquisa e desenvolvimento podem ser concedidas, em patamares entre 25 e 50 por cento dos custos brutos da pesquisa. Para a proteção ao meio ambiente, a Comissão possui regras do ano de 2000 com vistas à concessão de determinados auxílios. Quanto à formação profissional, desde 2001 grande parte dos auxílios dessa natureza estão liberados da notificação à Comissão, em função do Regulamento n. 68/2001/CE. Ainda, ajudas a vagas de trabalho só são permitidas em determinadas situações e por determinado tempo e necessitam ter como resultado a manutenção das vagas. Para a criação de novas vagas as ajudas são vistas com melhores olhos.

A prática da Comissão também se refere, por vezes, ao círculo de favorecidos. Aí é possível serem enquadrados projetos nacionais, em que certas ajudas, destinadas a algumas regiões, são automaticamente admitidas. Necessidades de investimentos em regiões de estruturas econômicas fracas tornam este tipo de auxílio não fatalmente impensável. Por tal, só são proibidos os auxílios que interferem na concorrência. Empresas em dificuldades representam uma outra categoria de favorecidos. Essas ajudas devem ser bem controladas, pois ações de salvamento podem meramente transferir esse problema a outras empresas ou Estados-membros. Quanto às pequenas e médias empresas, há disciplina no Regulamento n. 70/2001/CE. Ajudas a

---

<sup>93</sup> SCHINA, D. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>94</sup> RAWLINSON, Francis. *Staatliche Beihilfen*. In: LENZ, Carl Otto; BORCHARDT, Klaus-Dieter (Hrsg.). *EU- und EG-Vertrag: Kommentar*, p. 1064-1066.

investimentos são permitidas em patamares de 15 por cento para pequenas e 7,5 por cento para médias, do total bruto dos custos.

### 2.3. Regras processuais aplicáveis aos Estados-membros

As regras processuais aplicáveis aos auxílios públicos encontram-se no artigo 88 TCE. A frase 3 do seu n. 3 detém aplicabilidade direta. Um detalhamento delas é encontrado no Regulamento n. 659/99 do Conselho<sup>95</sup>. Enquanto o artigo 88 TCE apenas regula o procedimento em linhas gerais, ele contém um preciso e complementar caminho a ser seguindo, com o objetivo de tornar a fiscalização mais transparente e fornecer então uma melhor segurança do direito, eficiência e clareza. Até então a aplicação das regras processuais somente era entendida a partir da própria prática da Comissão e das decisões do Tribunal<sup>96</sup>, o que tornava uma codificação sempre algo aguardado. Assim, pela primeira vez passou a Comunidade a contar com uma ordem processual codificada para as questões envolvendo as ajudas públicas.

### 2.4. Reformas dirigidas à modernização e descentralização nas regras

Assim como os artigos 81 e 82 TCE e o Regulamento de controle das concentrações de empresas, também as regras das ajudas públicas sofreram a sua própria reforma. Em 1998, o Conselho usou pela primeira vez em quase quarenta anos a autorização do artigo 89 TCE, que lhe permite emitir regulamentos de execução necessários à aplicação dos artigos 87 e 88 TCE.

---

<sup>95</sup> Uma análise ampla sobre o conteúdo dele e sobre as principais discussões levantadas, como por exemplo as envolvendo prazos em pedidos de novas informações pela Comissão quando esta considera que a notificação feita pelo Estado-membro não está a contento, as referentes à problemática do ressarcimento de auxílios ilegais concedidos ainda na fase da averiguação (descumprimento do *Stand-Still-Gebot*) antes mesmo do fim desta, bem como sobre um alargamento dos direitos dos terceiros, situação esta última que nem a Comissão, nem o Conselho, tinham interesse de alterar por ocasião do Regulamento n. 659/99, pode ser vista em SINNAEVE, Adinda. *Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts*, p. 270-277. Elementos procedimentais e substanciais, especialmente sobre poderes da Comissão para emitir ordens com respeito às ajudas ilegais e sobre a comunicação de seus atos, ainda que as alterações não tenham sido grandes, podem ser vistos em CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 266-267.

<sup>96</sup> Mesmo assim, de forma não codificada, permitia se falar na existência de uma ordem processual aplicável à concessão de ajudas públicas. ALTMEYER, Sabine. *Gemeinschaftsrechtswidrige staatliche Beihilfen: Rückforderung und deren Durchsetzung im deutschen Recht*, p. 13-14.

Com efeito, o Regulamento n. 994/98 deu claros poderes à Comissão para excetuar, através de regulamentos de isenção por categorias, determinadas categorias de auxílios públicos horizontais. De certa forma, já vinha sendo admitido que certas situações padrões, cuja compatibilidade com o mercado comum não apresentavam problemas, sempre fossem dispensadas. Nessa autorização estava compreendida a possibilidade de isenção da proibição de ajudas dadas a uma mesma empresa, por um período e montante determinados, segundo o artigo 2º., n. 1<sup>97</sup>. Auxílios que venham a se enquadrar nos requisitos disciplinados<sup>98</sup>, através dos quais uma compatibilidade estará assegurada, também não se submeterão ao dever de notificação<sup>99</sup>. Obrigados à notificação restarão apenas os auxílios referentes aos grandes projetos. É o mesmo que dizer que o processo de notificação *ex ante* foi substituído por um controle *ex post*, que em função da aplicabilidade direta é exercido por mais órgãos, inclusive nacionais. Os tribunais nacionais devem averiguar se os requisitos dos regulamentos de isenção por categorias são cumpridos e decidir a compatibilidade com o mercado comum. Para tal descentralização, alegou a Comissão o acúmulo de trabalho.

Em 1999 surgiu o Regulamento n. 659/99 sobre regras de procedimento, também fundado na autorização do artigo 89 TCE, que disciplinou os diferentes processos do controle de auxílios e promoveu em uma matéria sempre considerada obscura uma melhor transparência e segurança. Ambos os regulamentos citados serviram para modernizar e fornecer uma nova orientação ao direito de concessão de ajudas públicas. Seu principal significado está no valor de uma codificação de regras processuais antes só tidas em comunicações e sentenças, e não tanto nelas próprias, e na segurança jurídica atingida<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> Comentários sobre a nomeação de cinco categorias já neste regulamento, o que viria a facilitar a posterior regulamentação dele, como de fato ocorreu, pois as categorias já eram bem conhecidas, podem ser vistos em KEPPELNE, J.-P. *Op. cit.*, p. 133-138.

<sup>98</sup> A discussão doutrinária até então questionava se os regulamentos baseados no artigo 89 TCE (ou os baseados no baseado neste artigo, que é o que veio a ocorrer) poderiam ampliar o catálogo de ajudas consideradas compatíveis com o mercado comum. A resposta parecia ser negativa, ante a impossibilidade de um regulamento alterar disposições do direito primário. FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Op. cit.*, p. 643. O catálogo não poderia ser ampliado, nem quando se tratasse de ajudas que promovessem a realização dos fins perseguidos pelo Tratado. CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 240.

<sup>99</sup> GUAL, Jordi. *Perspectivas de la política de la competencia en la Unión Europea*, p. 96.

<sup>100</sup> SINNAEVE, A. *Op. cit.*, p. 277. Também sobre a importância de ambos os regulamentos para o desenvolvimento do direito comunitário do controle das ajudas públicas nos anos subseqüentes aos seus lançamentos ver NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 293-306. Um primeiro balanço positivo da aplicação do Regulamento n. 659/99, especialmente quanto ao fato de ele ter conduzido para confirmações e modificações das interpretações tidas pela Comissão até o seu surgimento, pode ser encontrado em BARTOSCH, Andreas. *5 Jahre Verfahrensverordnung in Beihilfesachen, eine Zwischenbilanz*, p. 43-49.

## 2.5. Primeiros regulamentos de isenção por categorias

Já em 2001 a Comissão emitiu três regulamentos, à imagem e semelhança dos regulamentos de isenções por categorias relacionados com o artigo 81, n. 3 TCE. Pela primeira vez alguns setores recebedores de ajudas eram dispensados da notificação. A partir de então, sempre que os requisitos do regulamento de isenção fossem cumpridos, as ajudas podiam ser concedidas sem a autorização da Comissão. Essa também foi a primeira vez que a Comissão usou de seus poderes delegados pelo Conselho mais de dois anos antes no Regulamento n. 994/98<sup>101</sup>, o primeiro aqui abordado em termos de reformas. Os regulamentos receberam os ns. de 70/2001, 68/2001 e 69/2001. Respectivamente, trataram dos temas de auxílios às pequenas e médias empresas, especialização, bem como houve a codificação da regra *de minimis* para as ajudas públicas. Os dois primeiros são vistos como típicos regulamentos de isenção por categorias<sup>102</sup> e o último é como o estabelecedor da regra que até então só fazia parte de uma comunicação. Isso tudo promoveu alterações na aplicação das regras dos auxílios e por tal pode ser visto como um *Novum*<sup>103</sup>, ou ao menos como uma reforma que trouxe transparência e segurança jurídica aos participantes do processo. A novidade é que eles definiram os critérios de autorização para a concessão de auxílios, isto é, regulam a dispensa do até então centralizador e abrangente controle da Comissão.

Visto o caso de outra forma, é de ser dito que o controle do cumprimento dos critérios de concessão de determinados tipos de auxílios foi transferido da Comissão para os Estados-membros<sup>104</sup>. Esses regulamentos oferecem a possibilidade de um controle de auxílios ao nível de Estado-membro. Isto é, concorrentes que se sintam prejudicados podem dirigir suas queixas à Comissão ou diretamente aos tribunais nacionais, caso acreditem que as condições para a concessão do auxílio, segundo os regulamentos, não foram satisfeitas<sup>105</sup>. A única limitação parece estar no grau de discricionariedade, que no caso dos Estados-membros restará limitado. Assim, não poderá ser declarada

---

<sup>101</sup> Os motivos desta demora, como oferecimento de propostas, prazos de consultação, votação, oitivas, recebimento de manifestações, pelos quais também a Comissão preferiu emitir os três regulamentos simultaneamente, podem ser vistos em SINNAEVE, A. *Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?*, p. 69.

<sup>102</sup> Um detalhamento das regras dos regulamentos pode ser consultado em CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 251-254 e 260-263.

<sup>103</sup> SINNAEVE, A. *Op. cit.*, p. 67.

<sup>104</sup> Dúvidas sobre o fato dos tribunais nacionais disporem de meios e de mentalidade jurídico-econômica necessários para julgar casos desta natureza foram levantadas por CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 239.

<sup>105</sup> SINNAEVE, A. *Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts*, p. 270, nota de rodapé número 3.

a incompatibilidade das ajudas, mas somente sancionada a ilegalidade pela obrigação da violação de notificação<sup>106</sup>.

Os argumentos levados em conta para essa reforma foram, em regra, a necessidade de supressão das incertezas, a multiplicação de notificações, o aumento do número de processos, a explosão do contencioso perante o juiz comunitário, a necessidade de descarga da Comissão e a possibilidade de ela, em função disso, concentrar-se nos casos mais graves<sup>107</sup>. A experiência mostrava que os processos de notificação não ofereciam vantagens nítidas e limitavam a Comissão a dirigir seus recursos a casos que falseavam de forma mais nefasta a concorrência. Já para os Estados os benefícios também foram sensíveis, especialmente em ordem de eficiência, economia e no reforço do princípio de subsidiaridade<sup>108</sup>.

Em termos de conteúdo, os regulamentos não alteraram a política da Comissão. Apenas facilitaram o processo, pois trouxeram os critérios materiais para a autorização de certas ajudas em si. Esses critérios não diferiram muito dos que já vinham sendo aplicados pela Comissão<sup>109</sup>. Eles estabeleceram um teto máximo que, superado, determina às ajudas o caminho normal da notificação regulado pelo artigo 88, n. 3 TCE. Com isso, segue a Comissão a controlar as grandes ajudas, isto é, as que podem ter grande efeito na concorrência.

Alguns processos de controle, com a dispensa das notificações, passaram a ser exercidos por mais órgãos, como os tribunais nacionais. Estes devem averiguar se os requisitos dos regulamentos de isenção por categorias são cumpridos, por exemplo, e decidir a compatibilidade da ajuda pública com o mercado comum. Trata-se da diminuição da centralização da aplicação das regras pela Comissão. Agora todos devem cuidar para que os requisitos legais sejam cumpridos. Os concorrentes, em especial, dispõem de duas instâncias para dirigirem suas queixas, caso entendam que as condições para a concessão de um auxílio não foram satisfeitas e que isso os prejudique.

---

<sup>106</sup> KEPPELNE, J.-P. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>107</sup> KEPPELNE, J.-P. *Op. cit.*, p. 125. KOENIG e KÜHLING falam da necessidade da focalização do raio do controle (*Fokussierung des 'Kontrollstrahls'*) como um dos princípios para a redução de inseqüências e déficits no controle de ajudas públicas. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung?*, p. 521.

<sup>108</sup> SINNAEVE, A. *Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts*, p. 270 e SINNAEVE, A. *Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?*, p. 70.

<sup>109</sup> SINNAEVE observa apenas se não teria sido a oportunidade de a Comissão retocar o conceito de pequenas e médias empresas, o que melhoraria a segurança jurídica. SINNAEVE, A. *Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?*, p. 72.

A Comunidade ainda se adapta às ampliações de Estados-membros de 2004 e 2007, à modernização da aplicação das normas dos artigos 81 e 82 TCE e à nova regulamentação das ajudas públicas. Todos esses processos representaram e seguem representando, como será visto agora, grandes desafios à defesa da concorrência.

### **3. Novo Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas (Regulamento n. 800/2008, da Comissão, de 6 de agosto de 2008)**

A Comissão não perdeu de vista a necessidade do desenvolvimento do direito comunitário das ajudas públicas. Com caráter programático, ela adotou, no ano de 2005, um “Plano de Ação no Domínio das Ajudas Públicas”<sup>110</sup>, isto é, um “roadmap” para a reforma do direito comunitário das ajudas públicas prevista para ocorrer de 2005 a 2009, que deveria viabilizar a tomada de menores e melhor orientadas ajudas públicas no mercado comum. Esse plano de ação previu no ponto 35 a promulgação de um Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas, que isentaria do dever de notificação determinadas categorias de ajudas, de acordo com o artigo 88, n. 3, do Tratado da Comunidade Européia. Também o processo de autorização previsto no artigo 87 do Tratado deveria ser tornado previsível e mais rigorosamente executável. A Comissão buscava fortalecer a economia do bloco com a liberação de certas ajudas públicas tidas como compatíveis com o Tratado e com a geração de postos de trabalho duráveis, assegurando a união social e regional e a melhoria da qualidade dos serviços públicos<sup>111</sup>. Esse Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas (RGIC) foi adotado como Regulamento n. 800/2008<sup>112</sup>, em 6 de agosto de 2008.

Já antes da adoção do Regulamento Geral de Isenção por Categorias existiam, assim desde o ano 2001, regulamentos de isenção setorizados para determinadas categorias de ajudas públicas. Esses abrangiam os campos das pequenas e médias empresas<sup>113</sup>, ajudas públicas para a formação<sup>114</sup> e ajudas *de minimis*<sup>115</sup>, isto é, ajudas que não ultrapassavam um certo limite monetário<sup>116</sup>. Além disso, a Comissão havia emitido regulamentos

<sup>110</sup> Comunicação da Comissão Européia COM (2005), 107, versão final de 7 de junho de 2005.

<sup>111</sup> BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, p. 1093.

<sup>112</sup> JOCE n. L 214, de 9 de agosto de 2008, p. 3.

<sup>113</sup> Regulamento n. 70/2001, alterado pelo Regulamento n. 364/2004.

<sup>114</sup> Regulamento n. 68/2001.

<sup>115</sup> Regulamento n. 69/2001.

<sup>116</sup> O artigo 2º., número 2 do Regulamento n. 69/2001 ordenou um teto de 100 mil euros para as ajudas.

especiais nos anos seguintes para os campos de ajudas para o trabalho<sup>117</sup>, ajudas de investimentos regionais<sup>118</sup>, bem como para determinadas ajudas para empresas que se ocupassem da produção, processamento e comercialização de produtos agrícolas<sup>119</sup> ou de pesca<sup>120</sup>.

Todos esses regulamentos buscavam o objetivo de substituir o controle *ex ante* de ajudas estatais previsto nos artigos 87 e 88 TCE por um controle *ex post*<sup>121</sup>. Eles levavam a um complexo emaranhado de fontes jurídicas, pois, para a afirmação sobre se uma determinada ajuda estatal estava de acordo com o Direito da Comunidade Européia, deviam ser empregados diferentes regulamentos de forma paralela. Essa ausência de clareza afetava a segurança jurídica e a previsibilidade da aplicação legal<sup>122</sup>. Além disso, exigiam um considerável esforço burocrático dos Estados-membros e das empresas que tivessem a intenção de obter ajudas estatais<sup>123</sup>.

Frente a esse pano de fundo, os regulamentos existentes deveriam ser centralizados em um único regulamento, um regulamento geral de isenção por categorias. Assim, foi através de uma revisão dos regulamentos citados, que se objetivou uma simplificação e maior coerência no direito comunitário das ajudas públicas<sup>124</sup>. A - por assim dizer - dispensa “automática” de uma série de ajudas públicas deveria se encontrar resumida em um documento legislativo homogêneo<sup>125</sup>, o qual deveria ter a preferência quando houvesse coincidência com as diretrizes e com o enquadramento comunitário regulado pela Comissão<sup>126</sup>, e assim poder contribuir para uma maior clareza.

Os trabalhos preparatórios para o RGIC foram iniciados em abril de 2007. Após a oitava do público interessado, a Comissão desenvolveu sucessivamente três projetos de regulamentos. Sobre as bases do último, isto é, do terceiro projeto, foi gerada, em acordo com os Estados-membros, a versão final do RGIC, na data de 7 de agosto de 2008. Para facilitar o trabalho com o regulamento na prática a Direção Geral de Concorrência da Comissão Européia atualizou o seu (juridicamente não vinculativo) “Vademecum: Community law on

---

<sup>117</sup> Regulamento n. 2204/2002, alterado pelo Regulamento n. 363/2004.

<sup>118</sup> Regulamento n. 1628/2006.

<sup>119</sup> Regulamento n. 1/2004, substituído pelo Regulamento n. 1857/2006.

<sup>120</sup> Regulamento n. 736/2008.

<sup>121</sup> BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3612.

<sup>122</sup> CHOUÉKA, Rosie. A small revolution. *New Law Journal*, p. 1176.

<sup>123</sup> BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, p. 1093.

<sup>124</sup> Ver o Considerando n. 4 do Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas, n. 800/2008, da Comissão, de 06 de agosto de 2008.

<sup>125</sup> BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, p. 1093-1094.

<sup>126</sup> BIEBER, Roland; EPINEY, Astrid; HAAG, Marcel. *Die Europäische Union: Europarecht und Politik*, p. 389.

State aid” em língua inglesa<sup>127</sup>. Esse documento serve como um guia para os aplicadores do direito e permite um acesso inicial e rápido à informação de se uma ajuda pública determinada é permitida de acordo com as disposições do RGIC.

### 3.1. Princípios fundamentais e estrutura do RGIC

O RGIC divide-se em sua estrutura básica em três capítulos. O primeiro, intitulado “Disposições comuns” (artigos 1º. a 12 RGIC), apresenta uma parte geral do regulamento, que é aplicada para todas as ajudas públicas compreendidas no âmbito de aplicação do regulamento. Primariamente são tratados aspectos processuais da concessão de ajudas públicas<sup>128</sup>. Contudo, o regulamento apresenta nessa parte também princípios fundamentais do direito comunitário das ajudas públicas, que, ainda que se restrinjam ao âmbito de aplicação do regulamento, colocam, com caráter de diretrizes, regras para a compatibilidade de ajudas públicas com o mercado comum. Assim, regula o artigo 5, n. 1 RGIC, que as ajudas devem ser transparentes, para que desfrutem da isenção tratada pelo regulamento. O princípio da transparência deve ser considerado como uma diretriz do direito comunitário das ajudas públicas.

O segundo capítulo (artigos 23 a 42 RGIC) estabelece regras especiais para determinadas e específicas categorias de ajudas estatais. Estas são, em parte, formuladas de forma bastante abrangente. Fundamentalmente há de se dizer que, primeiramente, os já existentes regulamentos de isenção por categorias foram atualizados e resumidos e que, em segundo lugar, foram criadas, pela primeira vez, condições de isenção por categorias para tipos de ajudas, para as quais até então não existia nenhuma regulamentação de isenção.

Finalmente, no terceiro capítulo encontram-se disposições finais (artigos 43 a 45 RGIC) que, sobretudo, são de relevante significado para a correta aplicação intertemporal do regulamento. A isso agregue-se ainda três anexos, sendo que o primeiro pode ser considerado como de grande importância. Nele encontra-se uma definição do conceito de “pequenas e médias empresas”, que é a aplicada no documento – e não somente nele, mas também, e a cada vez mais, em todo o direito comunitário das ajudas públicas.

---

<sup>127</sup> Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/studies\\_reports/studies\\_reports.cfm](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/studies_reports.cfm). Consulta realizada em 25 de julho de 2009.

<sup>128</sup> NYSSSENS, Harold. The General Block Exemption Regulation (GBER): bigger, simpler and more economic. *Competition Policy Newsletter*, p. 13.



### 1. Artigo 3º. RGIC como norma fundamental

O princípio e objetivos fundamentais do regulamento encontram-se no artigo 3º., n. 1 RGIC: “Os regimes de ajudas que preencham todas as condições fixadas no Capítulo I do presente regulamento, bem como as disposições relevantes do Capítulo II do presente regulamento são compatíveis com o mercado comum na acepção do n. 3 do artigo 87 do Tratado e isentos da obrigação de notificação estabelecida no n. 3 do artigo 88 do Tratado, desde que as ajudas individuais concedidas ao abrigo desses regimes preencham todas as condições fixadas no presente regulamento e que o regime faça expressamente referência ao presente regulamento, citando o seu título e a referência de publicação no *Jornal Oficial da União Européia*”.

São instituídas, portanto, para determinadas ajudas públicas, isenções da obrigação do fornecimento de declaração de compatibilidade com o artigo 87, n. 3 TCE e isenções da obrigação de comunicação à Comissão, exposta no artigo 88, n. 3 TCE. A partir dessa circunstância, se esclarece a definição extremamente diferenciada do âmbito de aplicação do RGIC, exposta no seu artigo 1º., que é feita segundo categorias de ajudas, de acordo com o artigo 1º., n. 1, com exceções no n. 2, segundo setores da economia englobados no regulamento, em função do artigo 1º., n. 3, com exceções no n. 4, e segundo as demais ajudas públicas para as quais o regulamento não é aplicável, expressas nos ns. 5 e 6, com definições de conceitos no n. 7<sup>129</sup>. A possibilidade de liberação de determinadas categorias de ajudas públicas é considerada uma parte não desprezível do campo de aplicação do RGIC, motivo pelo qual o correto manejo dos conceitos lá definidos assume um especial significado.

### 2. Influência da jurisprudência de tribunais europeus presente no RGIC

O RGIC absorveu, além das experiências da Comissão, também o desenvolvimento da jurisprudência europeia para o direito das ajudas públicas. Isto foi claramente demonstrado, por exemplo, em um momento de definição do âmbito de aplicação do regulamento: o artigo 1º., n. 6, letra b RGIC prescreve que do âmbito de aplicação do regulamento estão excetuadas ajudas ad hoc a favor de empresas sujeitas a uma injunção de recuperação, ainda pendente, tomada na sequência de uma decisão anterior da Comissão que tenha declarado a ajuda ilegal e incompatível com o mercado comum. O considerando 16 esclarece essa determinação, dizendo que a Comissão deveria garantir que as ajudas autorizadas não alterassem as condições do mercado ao ponto de contrariarem o interesse comum. O pano de fundo do dispositivo é a decisão do

---

<sup>129</sup> Para um melhor detalhamento sobre o âmbito de aplicação ver BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3613 e seguintes.

Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) no Caso Deggendorf<sup>130</sup>, no qual o Tribunal decidiu que o não ressarcimento de uma ajuda pública ilícita representa um fundamento objetivo que pode vir a ser considerado no momento da averiguação da compatibilidade com o mercado comum de uma nova ajuda pública para o mesmo destinatário. Confrontada com esse tipo de situação, a Comissão tem a possibilidade de continuar com o dever de notificação ainda existente, de acordo com o artigo 88, n. 3 TCE, submetendo o caso concreto a uma análise *ex ante*, uma vez que o RGIC não encontra nenhuma aplicação nessa oportunidade. Vista a regra por outro lado, isso significa que todo o destinatário de ajudas que deseja se valer das isenções previstas no RGIC, deve sofrer a averiguação de se contra ele ainda existem demandas de ressarcimentos de ajudas ilícitas em aberto. Isso tem como consequência uma elevação dos gastos com meios para a obtenção de informações<sup>131</sup>.

### 3.2. Parte geral do RGIC (artigos 1º. a 12)

Conforme anteriormente citado, o artigo 1º. RGIC define o âmbito de aplicação do regulamento. O artigo 2º. contém definições conceituais centrais que valem para todo o regulamento. A elas se agrega o conceito de “pequenas e médias empresas”, para o qual o artigo 2º., n. 7 RGIC apresenta uma remessa expressa ao Anexo I do regulamento. O artigo 3º., como norma de base, exige que todas as regras de ajudas, ajudas individuais e ajudas ad-hoc devem corresponder às exigências do RGIC. Por isso que as normas relevantes do RGIC devem ser claramente mencionadas nas regras de ajudas públicas.

Os artigos 4º. a 8º. RGIC regulam as exigências básicas materiais para as ajudas submetidas ao âmbito de aplicação do RGIC, enquanto os artigos 9º. a 11 estabelecem pressupostos formais. De grande importância no tocante ao conteúdo, ou seja, às exigências básicas materiais, são os artigos 5º., com a busca de *transparência*, e 8º., com a exigência do *efeito de incentivo* para as ajudas públicas. Eles tratam dos pilares da parte geral do RGIC.

#### 1. *Transparência no artigo 5º. RGIC*

No interesse da transparência, da igualdade de tratamento e de um controle eficiente de ajudas públicas deve o RGIC ter aplicação somente para ajudas transparentes<sup>132</sup>. Dessa forma, dispõe primeiramente o n. 1 do artigo 5º. sobre o referido princípio, a fim de, posteriormente, estabelecer indicações exatas

<sup>130</sup> TJCE, Sentença de 15 de maio de 1997, C-355/95 (TWD - Textilwerke Deggendorf GmbH/Comissão).

<sup>131</sup> BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, p. 1093 e seguintes.

<sup>132</sup> Ver o Considerando n. 20 do Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas, n. 800/2008, da Comissão, de 06 de agosto de 2008.

para formas específicas de ajudas. Quando o desejado critério de transparência é fundamentalmente preenchido é uma questão definida no artigo 2º., n. 6 RGIC: uma ajuda é transparente quando é possível calcular previamente e com precisão o seu equivalente-subvenção bruto<sup>133</sup> sem que seja necessário realizar uma avaliação dos riscos. Essa regra foi inspirada<sup>134</sup> no artigo 2º., n. 4 do Regulamento *de minimis*<sup>135</sup>. Isso significa, antes de tudo, que ajudas diretas na forma de subsídios ou juros, isto é, dispêndios em dinheiro de um Estado-membro à uma empresa que tem a intenção de recorrer a ajudas, devem ser vistos em geral como transparentes. Para outras formas de ajudas, como para garantias, torna-se decisivo saber se é exigível ou não uma avaliação de riscos para a concessão. Isso deve ser julgado tendo em conta o passado da concreta forma de ajuda pública em questão.

Em contrapartida, algumas determinadas formas de ajudas são vistas *per se* como intransparentes, como, por exemplo, determinadas formas de ajudas incluídas em medidas de capital de risco<sup>136</sup>, para cuja compreensão cabe uma vista no artigo 5º., n. 2, letra b do regulamento. Isso leva, segundo a natureza da coisa, a um privilégio consciente a determinadas formas de ajudas, como as ajudas diretas ou os empréstimos<sup>137</sup>. Permite, contudo, que seja justificado o controle de ajudas sobre formas complexas, como as incluídas em medidas de capital, pois conformadas de forma essencialmente mais difícil e dispendiosa, de forma que os mecanismos de autorização e notificação previstos pelo TCE possam ser efetivos.

## 2. Efeito de incentivo no artigo 8º. RGIC

A regra sobre o efeito de incentivo do regulamento representa uma importante inovação. O artigo 8º., n. 1 postula que, segundo o regulamento, só podem ser isentas as ajudas que tenham um efeito de incentivo. O pensamento aqui tomado por base é que as ajudas para medidas de subsídios devam ser causais, isto é, que o destinatário do auxílio não iria executar a medida sem a ajuda. Pois a ajuda deve proporcionar um comportamento determinado e relevante de um participante do mercado nesse mercado e não apenas tornar mais barato um comportamento que é, de qualquer forma e sob qualquer

---

<sup>133</sup> O equivalente-subvenção bruto representa o valor do benefício antes da dedução dos impostos.

<sup>134</sup> BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3614.

<sup>135</sup> Regulamento n. 1998/2006; sobre a questão ver NORDMANN, Matthias Johannes. Die neue de-minimis Verordnung im EG-Beihilfenrecht. *Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht*, p. 752 e seguintes.

<sup>136</sup> Sob a expressão capital de risco entende-se, segundo o artigo 2, n. 25 RGIC, o investimento no financiamento de empresas na fase inicial (Seed-, Start-up- und Expansionsfinanzierung) com capitais próprios e meios similares a capitais próprios.

<sup>137</sup> Em posição crítica por isso, ver BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilfenrecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, p. 1093.

circunstância, realizado:<sup>138</sup> a ajuda deve “estimular” esses tipos de comportamento. Tenha-se em conta o exemplo de uma empresa que quer construir uma nova fábrica e pede uma ajuda pública. Para que haja um efeito de incentivo, é necessário que ela não estivesse propensa a construir a nova fábrica sem a ajuda pública. Se ela fosse construir a fábrica de qualquer maneira e quisesse a ajuda apenas para que os custos fiquem mais baratos para ela, não se trata aqui de um efeito de incentivo. Melhor dito, tem-se que a ajuda pública tem que ser uma *conditio sine qua non* para o comportamento para o qual ela é solicitada.

Antes da publicação do RGIC já fora presumido um efeito de incentivo, se a empresa favorecida em questão propusesse um pedido de ajuda em um Estado-membro, antes que se iniciasse a execução dos projetos ou das atividades fomentados. A idéia é que se a empresa pedir uma ajuda antes de realizar o projeto, tem-se um indicativo de que ela não é capaz de realizar o mesmo sem a ajuda. Pelo contrário, se ela já começou a realizar o projeto antes de pedir a ajuda, há um indicativo de que a ajuda serve apenas para a diminuição dos custos e, por conta disso, não é uma *conditio sine qua non* para o projeto.

Essa presunção de efeito de incentivo vigora, agora depois do surgimento do regulamento, somente ainda para pequenas e médias empresas<sup>139</sup>. Grandes empresas, pelo contrário, devem sempre provar que um efeito de incentivo será gerado com a obtenção da ajuda requerida. Afirmarções mais precisas de como essa explicação deve ser dada podem ser retiradas do considerando n. 29 RGIC: A grande empresa deve analisar, num documento interno, a viabilidade do projeto com e sem a ajuda pública. O Estado-membro, para o qual a ajuda foi requerida, deve ser capaz de verificar, com base nesse documento, se ela gera (a) um aumento significativo da dimensão e da abrangência do projeto ou da atividade, (b) um aumento significativo do montante total a ser despendido pelo beneficiário para o projeto ou atividade objeto da subvenção ou (c) um aumento significativo na rapidez da conclusão do projeto implicado<sup>140</sup>. Essa obrigatoriedade de documentação cria um sensível aumento de despesa para as grandes empresas. Contudo, a Comissão não quer ir tão longe, ao ponto de verificar a decisão empresarial até nos mínimos detalhes<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> Ver sobre a questão do efeito de incentivo em EHRICKE, Ulrich. Gruppenfreistellungsverordnung. In: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht: Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, nota de margem número 178.

<sup>139</sup> Para o conceito de pequenas e médias empresas veja o artigo 2º., n. 7, em associação com o Anexo I, Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas, n. 800/2008, da Comissão, de 06 de agosto de 2008.

<sup>140</sup> Os conceitos são expressos de forma ampla e necessitam ainda de concretização por meio de prática da Comissão ou, conforme o caso, pela jurisprudência do TJCE. Veja BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, p. 1094.

<sup>141</sup> BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3615.

### 3. Pressupostos formais da isenção

Os pressupostos formais da isenção presentes nos artigos 9º. a 11 dizem respeito à cooperação dos Estados-membros e da Comissão. Uma preocupação das regulamentações é de informar o público sobre as ajudas públicas que foram liberadas. Assim, prescreve o n. 1, do artigo 9º. RGIC que a Comissão deve promover uma comunicação breve sobre as ajudas isentas segundo o RGIC, publicando resumos no Jornal Oficial da Comunidade Européia e na internet. Além disso, segundo o n. 2, frase 1, do mesmo artigo, após a entrada em vigor de um regime de ajudas ou da concessão de uma ajuda *ad hoc*, o Estado-membro em questão publicará na internet o texto integral da medida. Isso alcança uma maior transparência que alhures, mas aumenta, contudo, os custos administrativos também para os Estados-membros<sup>142</sup>.

O artigo 10 do regulamento prevê que a Comissão monitore regularmente as ajudas que foram comunicadas por força do artigo 9º RGIC. Aos Estados-membros são impostas, ainda, outras obrigações de informar. Assim, devem redigir notas que contenham todas as informações, ressaltando que os pressupostos de isenção estipulados no RGIC foram cumpridos. No caso de um Estado-membro não apresentar essa informação de forma apropriada regularmente, a Comissão pode, após a imposição de um prazo e o transcurso sem sucesso deste, adotar uma decisão que estabeleça que todas ou parte das medidas para ajudas públicas futuras, abrangidas pelo regulamento, devam ser notificadas à Comissão, segundo o n. 3, do artigo 88 TCE, em atenção ao disposto no artigo 10, n. 3, frase 2 do RGIC. Nesse caso os Estados-membros (e indiretamente as empresas desses) perdem as vantagens jurídicas do RGIC<sup>143</sup>.

### 3.3. Parte especial do RGIC (artigos 13 a 42)

A parte especial do RGIC é diferenciada por categorias de ajudas e elabora requisitos para cada uma dessas categorias. As regras são muito diferentes e detalhadas, de forma que se possa tratar, nessa parte do artigo, somente de questões escolhidas com especial ênfase às inovações essenciais.

#### 1. Novas categorias de ajudas

De grande importância são três novas categorias de ajudas, que foram pela primeira vez reguladas por um regulamento da Comissão Européia: ajudas públicas para mulheres na condição de empresárias, desde que se trate

<sup>142</sup> BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, p. 1094.

<sup>143</sup> Detalhadamente a respeito da decisão segundo o artigo 10, n. 3, frase 2 RGIC, ver BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3615.

de uma empresa pequena e recém criada (artigo 16 RGIC); ajudas à proteção ambiental (artigos 17 a 25) e determinadas modalidades de ajudas sob a forma de capital de risco (artigos 28 e 29).

As ajudas públicas para mulheres como empresárias devem ajudar a reduzir diferenças existentes de fato entre homens e mulheres em âmbito empresarial<sup>144</sup>. O TJCE sempre enfatizou o significado do tratamento igualitário fático, em especial para o campo do direito do trabalho<sup>145</sup>. Ele também é agora especialmente considerado no tratamento das ajudas públicas.

As novas ajudas públicas para a proteção ambiental trazem o conhecimento de que sob condições normais de mercado não há necessariamente o suficiente estímulo para as empresas agirem de forma ecologicamente correta, porque com isso possivelmente aumentem os seus custos<sup>146</sup>. As novas regras correspondem ao atual programa da Comissão de proteção ao clima, de janeiro de 2008<sup>147</sup>.

As normas são lidas como um “regulamento dentro do regulamento”. No artigo 17 há relevantes definições de conceitos que orientam os artigos seguintes sobre os pressupostos gerais e específicos para uma isenção. As regras referem-se a medidas de incentivos muito concretas, como, por exemplo, as do artigo 22, sobre a co-geração de calor e força com elevada eficiência por plantas de produção de energia (Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen).

A modalidade de ajudas públicas sob forma de capital de risco é especialmente necessitada de regras. De acordo com o artigo 28, n. 2 RGIC essas ajudas somente são possíveis na forma de uma participação num fundo de capitais de investimento com fins lucrativos e gerido numa base de princípios econômicos. O que se entender por “fins lucrativos” e “gerido numa base de princípios econômicos” é estabelecido detalhadamente no artigo 29, ns. 7 e 8 RGIC.

## *2. Inovações para as existentes categorias de ajudas públicas*

As categorias de ajudas já existentes são reguladas de forma agrupada na parte especial do regulamento. No centro da questão estão ajudas de todos os tipos para as pequenas e médias empresas. Essas devem poder receber, de uma maneira mais simples, recursos para formação, pesquisa e desenvolvimento, como já buscou o “Small Business Act” dentro do Plano de Ação para a Europa<sup>148</sup>, de 25 de junho de 2008<sup>149</sup>. Deve ser dada a possibilidade

<sup>144</sup> Ver o Considerando n. 44 do Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas, n. 800/2008, da Comissão, de 06 de agosto de 2008.

<sup>145</sup> Ver, por exemplo, TJCE, Sentença de 6 de dezembro de 2007, C-300/06 (Voß/Land Berlin).

<sup>146</sup> Ver o Considerando n. 45 do Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas, n. 800/2008, da Comissão, de 06 de agosto de 2008.

<sup>147</sup> NYSENS, Harold. The General Block Exemption Regulation (GBER): bigger, simpler and more economic. *Competition Policy Newsletter*, p. 17.

<sup>148</sup> Comunicação da Comissão Europeia COM (2008), 394.

aos Estados-membros de apoiarem pequenas e médias empresas em diferentes estados com ajudas públicas. Por isso foi significativamente aumentada especialmente a quantia de dinheiro para ajudas públicas a pequenas e médias empresas que os Estados-membros podem conceder sem a necessidade de cumprir com as obrigações de comunicação. Hoje ela está em 7,5 milhões de euros<sup>150</sup>.

O significado especial de pequenas e médias empresas para a economia também é considerado como prioridade no Mercosul. Com a decisão n. 10/07, de 28 de junho de 2008<sup>151</sup>, o Conselho do Mercado Comum decidiu que o Grupo do Mercado Comum deveria receber a tarefa da preparação de propostas para a criação de um Fundo do Mercosul de Apoio a Pequenas e Médias Empresas.

No plano interno dos Estados-partes, existe no Brasil desde o final de 2006 o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte<sup>152</sup>, documento esse que oferece abrangentes regras para a proteção dessas empresas. Certas regras para ajudas públicas em modalidades especiais são encontradas, por exemplo, nos artigos 65 a 67 do Estatuto, os quais regulam o apoio à inovação para pequenas e médias empresas.

No RGIC também foram compiladas e simplificadas as regras de ajudas a trabalhadores desfavorecidos, seriamente desfavorecidos e portadores de deficiências<sup>153</sup>. Observa-se que assim podem, por exemplo, empregados seriamente desfavorecidos, isto é, pessoas que estejam sem atividades há no mínimo 24 meses, receber complementações salariais na forma de ajudas públicas no caso de uma contratação para uma relação empregatícia para um período de dois anos, conforme o disposto no artigo 40, n. 3, frase 2 RGIC.

Um exemplo de acolhimento e incorporação no regulamento de regras já existentes, apenas com pequenas alterações, oferecem as normas para as ajudas públicas regionais: o artigo 13 RGIC acolheu as normas do Regulamento n. 1628/2006, de 24 de outubro de 2006. Em relação ao conteúdo, o RGIC tornou dispensável uma exigência estabelecida de acordo com aquele regulamento, que determinava que a instância nacional que concedia a ajuda, segundo as leis aplicáveis a ela, deveria realizar uma avaliação da capacidade de concessão da ajuda, antes do início da medida<sup>154</sup>.

---

<sup>149</sup> Ver OELGARTH, Achim. Brüssel aktuell – „Small Business Act“ für Europa. *Wertpapiermitteilungen*, p. 1427 e seguintes.

<sup>150</sup> NYSENS, Harold. The General Block Exemption Regulation (GBER): bigger, simpler and more economic. *Competition Policy Newsletter*, p. 16.

<sup>151</sup> Mercosul/GMC/Decisão n. 10/07, de 28 de junho de 2008.

<sup>152</sup> Brasil. Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006.

<sup>153</sup> As definições dos conceitos de “trabalhador desfavorecido”, “trabalhador seriamente desfavorecido” e “trabalhador com deficiência” encontram-se no artigo 2º., ns. 18 a 20 RGIC.

<sup>154</sup> Ver particularidades em BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3615.

### **3.4. Disposições transitórias, adequações nacionais e perspectivas**

A fundamental transformação e concentração das regras comunitárias sobre a isenção de ajudas públicas aqui vistas tornaram necessária uma regra abrangente para o período de transição, de forma que os Estados-membros e as empresas pudessem se ajustar a eventuais novos deveres advindos com o RGIC. Os regulamentos até então existentes para ajudas públicas particulares puderam ainda ser aplicados até 31 de dezembro de 2008, conforme o artigo 44, n. 2 RGIC, e mesmo em paralelo às regras do novo regulamento. Aos Estados-membros havia, então, nesse sentido, uma espécie de direito de escolha<sup>155</sup>. Desde 1º de janeiro de 2009, contudo, tem-se a aplicação exclusiva do novo regulamento. Ele próprio vale até 31 de dezembro de 2013. Deve ser referido, nesse contexto, o fato de que os Estados-membros podem cumprir seus deveres de informação através de um sistema on-line, o assim chamado State Aid Notifications Interactive System (SANI ou Sistema Interativo de Notificações de Ajudas Públicas)<sup>156</sup>.

Os Estados-membros deviam e devem, em qualquer dos casos, emitir regulamentações sobre a implementação do RGIC, as quais devem regular em especial a competência dos órgãos nacionais. Dessa forma, na Alemanha, foi estabelecida, por meio do parágrafo 14a da lei de tráfego de mercadorias<sup>157</sup>, a competência do Escritório Federal para o Tráfego de Mercadorias (Bundesamt für Güterverkehr) em relação ao tratamento das questões que envolvem ajudas de formação profissional concedidas de acordo com a seção 8 do regulamento (artigos 38 e 39).

---

<sup>155</sup> NYSENS, Harold. The General Block Exemption Regulation (GBER): bigger, simpler and more economic. *Competition Policy Newsletter*, p. 18.

<sup>156</sup> Disponível em: <https://webgate.ec.europa.eu/competition/sani/login/index.cfm>. Consulta realizada em 25 de julho de 2009.

<sup>157</sup> Lei de tráfego de mercadorias de 22 de junho de 1998 (BGBl. I, p. 1485), na última vez alterada pelo artigo 2º da Segunda Lei para a modificação da lei sobre o pedágio em autoestradas para veículos utilitários pesados de 22 de dezembro de 2008 (BGBl. I, p. 2967).



#### 4. Considerações finais

Em uma avaliação geral, o RGIC representa uma extremamente positiva simplificação e unificação do direito de isenção de ajudas até então sempre tido como “incontrolável” no âmbito comunitário. O regulamento é, pela sua divisão entre parte geral e parte especial, claramente estruturado, e isso leva, especialmente na parte das regras gerais, a uma maior clareza e a um mais fácil manuseio<sup>158</sup>. Contudo, teme-se que as despesas administrativas dos Estados-membros e das empresas aumentem significativamente por causa das novas regras<sup>159</sup>. Além disso, nele encontram-se alguns conceitos jurídicos novos e indeterminados, como “sob condições de mercado”, presente no artigo 13, n. 7, ou “conjunto de ativos imobilizados economicamente indivisíveis”, presente no artigo 13, n. 10 RGIC. Para o esclarecimento desses pontos deve o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias - que segundo o artigo 234 TCE decide prejudicialmente sobre a interpretação desses conceitos como modelo para os tribunais nacionais<sup>160</sup> - apresentar contribuições.

Para o futuro resta esperar que a prática jurídica se ajuste ao novo regulamento e que ele possa ser concentrado na aplicação aos casos concretos. Existe uma incontestável necessidade de isenção de ajudas públicas por categorias. Um regime coerente de isenções, que dentro de certos limites não requeira uma decisão individual, oferece a empresas interessadas, primeiramente, o estímulo a terem em conta a possibilidade de requererem ajudas. Embora as ajudas possam distorcer a concorrência entre empresas de diferentes Estados-membros, elas são, sim, indispensáveis nos locais onde, por exemplo, uma falha de mercado gere o prejuízo de pequenas e médias empresas ou apresente efeitos indesejáveis à ordem política. No caso de ajudas públicas serem concedidas, isso deve resultar na proteção da livre e leal concorrência com base em um regime jurídico unificado, que apresente resultados previsíveis. Para isso – e conseqüentemente para o funcionamento de todo o mercado comum – o RGIC oferece uma contribuição decisiva.

---

<sup>158</sup> Da mesma forma pensa BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3616.

<sup>159</sup> BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, p. 1094.

<sup>160</sup> Ver ainda BIEBER, Roland; EPINEY, Astrid; HAAG, Marcel. *Die Europäische Union: Europarecht und Politik*, p. 140.

## 5. Referências bibliográficas

- ALTMAYER, Sabine. Gemeinschaftsrechtswidrige staatliche Beihilfen: Rückforderung und deren Durchsetzung im deutschen Recht. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. 193 p.
- ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1992. 361 p.
- ARNDT, Hans-Wolfgang. *Europarecht*. 4. ed. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1999. 170 p.
- BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*. 6. ed. Milão: Cedam, 2001. 700 p.
- BARTOSCH, Andreas. 5 Jahre Verfahrensverordnung in Beihilfesachen, eine Zwischenbilanz. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 15. Jahrgang, Heft 2, jan. 2004. p. 43-49.
- BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, v. 50, a. 2008. p. 3612-3617.
- BARTOSCH, Andreas. Von der Freistellung zur Legalausnahme: Der Vorschlag der EG-Kommission für eine 'neue Verordnung Nr. 17'. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 12. Jahrgang, Heft 4, feb. 2001. p. 101-107.
- BARTOSCH, Andreas. Von der Freistellung zur Legalausnahme: was geschieht mit der Rechtssicherheit? *Wirtschaft und Wettbewerb*. Düsseldorf: Handelsblatt, 50. Jahrgang, Heft 5, maio 2000. p. 462-473.
- BELLAMY, Christopher. Some reflections on competition law in the global market. *New England Law Review*. Boston: New England School of Law, v. 34, n. 1, 1999. p. 15-20.
- BIEBER, Roland; EPINEY, Astrid; HAAG, Marcel. *Die Europäische Union: Europarecht und Politik*. 9. ed. Nomos: Baden-Baden, 2009. 629 p.
- BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, a. 2008. p. 1092-1094.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2001. 292 p.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Las Concentraciones de Empresas*. Madrid: Colex, 2006. 332 p.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2003. 1308 p.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; GOÑI URRIZA, Natividad. *El control de las concentraciones de empresas en Europa*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999. 375 p.

CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 366 p.

CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1994. 648 p.

CASPARI, Manfred. Die Beihilferegeln des EWG-Vertrags und ihre Anwendung. In: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; MÖLLER, Hans; SCHWARZ, Hans-Peter (Hrsg.). *Eine Ordnungspolitik für Europa: Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987. p. 69-91.

CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*. Torino: G. Giappichelli, 2002. 355 p.

CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 252 p.

CHOUKEA, Rosie. A small revolution. *New Law Journal*, v. 157, a. 2008. p. 1176.

COIMBRA, Guilhermina Lavoz. A política de defesa do direito de concorrência – a política brasileira, o Mercosul e a globalização da economia. In: PROENÇA, Alencar Mello; BIOCCA, Stella Maris. *La integración hacia el siglo XXI*. Pelotas: Educat, 1996. p. 436-457.

CRAIG, Paul; de BÚRCA, Gráinne. *EU law: text, cases, and materials*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. 1241 p.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Europeia*. Barueri: Manole, 2003. 368 p.

DE LEÓN, Ignacio. The role of competition policy in the promotion of competitiveness and development in Latin America. *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Bruxelas, dez. 2000, n. 11, p. 57-71.

DÍEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*. 4. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2006. 926 p.

DRUESNE, Gérard. *Le développement du droit et de la politique de la concurrence en Europe*. Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1992. Heft 265. 11 p.

EHLERMANN, Claus-Dieter. Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts durch Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten. In: RANDELZHOFFER, Albrecht;

SCHOLZ, Rupert; WILKE, Dieter (Hrsg.). *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995. p. 45-55.

EHLERMANN, Claus-Dieter. Les entreprises publiques et le contrôle des aides d'État. *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*. Paris: Éd. Techniques et Économiques, n. 360, jul./ago. 1992. p. 613-620.

EHLERMANN, Claus-Dieter. The contribution of EC competition policy to the single market. *Common Market Law Review*. The Hague: Kluwer Law International, v. 29, 1992. p. 257-282.

EHLERMANN, Claus-Dieter. Wettbewerbspolitik im Binnenmarkt. *Recht der Internationalen Wirtschaft*. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 39. Jahrgang, Heft 10, okt. 1993. p. 793-797.

EHRICKE, Ulrich. Gruppenfreistellungsverordnung. In: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht: Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*. 4. ed. Munique: C. H. Beck, 2008. Rn. 178.

FARJAT, Gérard. Observation sur la dynamique du droit de la concurrence. In: CANIVET, Guy (dir.). *La modernisation du droit de la concurrence*. Paris: LGDJ, 2006. p. 3-29.

FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maike. *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000. 264 p.

FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. 1400 p.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. El control de las ayudas financieras nacionales. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; GONZÁLES CAMPOS, Julio D.; MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo: Estudio sistemático desde el derecho español*. Madrid: Civitas, 1986. p. 619-647. t. 2.

FIGUEREDO, Julio. Derecho de la competencia e integración económica: la situación en el Mercosur. In: *CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 2*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002. p. 33-101.

FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne. *Extraterritorialité du Droit de la Concurrence aux Etat-Unis et dans la Communauté Européenne*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994. 494 p.

GUAL, Jordi. Perspectivas de la política de la competencia en la Unión Europea. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Madrid: Cinsa, n. 206, mar./abr. 2000. p. 93-100.

HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*. 3. ed. München: Franz Vahlen, 2003. 239 p.

HIRSBRUNNER, Simon. Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle im Jahr 2005. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Heft 23, a. 2006. p. 711-716.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, 433 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006. 807 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Os critérios de mercado relevante e investidor privado no Direito Comunitário da Concorrência. In: SILVA, Osmar Vieira da (Org.). *Os novos desafios e paradigmas do direito, comércio e relações internacionais no século XXI*. Londrina: UniFil, 2002. p. 187-191.

JAEGER JUNIOR, Augusto; NORDMEIER, Carl Friedrich. O Conceito de Empresa no Direito Comunitário da Concorrência: Subsídios para uma Definição no Mercosul. *Revista de Direito da Concorrência*. Brasília: IOB/CADE, v. 14, 2007. p. 11-43.

JESTAEDT, Thomas; MIEHLE, Andreas. Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten: Die neuen Leitlinien der Kommission. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 6. Jahrgang, Heft 19, out. 1995. p. 659-664.

KEPPENNE, Jean-Paul. (R)évolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'État. *Revue du Marché Unique Européen*. Paris: Juglar, n. 1, 1998. p. 125-156.

KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. *Europarecht*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. 420 p.

KOENIG, Christian; KÜHLING, Jürgen. Grundfragen des EG-Beihilfenrechts. *Neue Juristische Wochenschrift*. München: C. H. Beck, 53. Jahrgang, Heft 15, apr. 2000. p. 1065-1074.

KOENIG, Christian; KÜHLING, Jürgen. Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 10. Jahrgang, Heft 17, sep. 1999. p. 517-523.

MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. 432 p.

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht: zur Bedeutung von Art. 90 EWGV. *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 52. Jahrgang, 1988. p. 526-586.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. 4. ed. Madrid: Dijusa, 2002. 1421 p.

MORAIS, Luís. *O Mercado Comum e os auxílios públicos: novas perspectivas*. Coimbra: Almedina, 1993. 194 p.

MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; ZEHETNER, Franz. *Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften*. Linz: Institut für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften, 1991. 157 p.

NORDMANN, Matthias Johannes. Die neue de-minimis Verordnung im EG-Beihilfenrecht. *Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht*, v. 24, 2007. p. 752-756.

NOWAK, Carsten. Die Entwicklung des EG-Beihilfenkontrollrechts in den Jahren 1998, 1999 und 2000. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 12. Jahrgang, Heft 10, maio. 2001. p. 293-306.

NYSSENS, Harold. The General Block Exemption Regulation (GBER): bigger, simpler and more economic. *Competition Policy Newsletter*. Bruxelas: Comissão Europeia, n. 3, 2008. p. 12-18.

OELGARTH, Achim. Brüssel aktuell – „Small Business Act“ für Europa. *Wertpapiermitteilungen*, v. 30, 2008. p. 1427-1428.

PASCAR, Norma A. II parte: El derecho de la competencia en la Comunidad Europea. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 89-102.

PASSOS, Fernando. O sistema de concorrência na União Europeia: modelo para o Mercosul? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 8, n. 32, jul./set. 2000. p. 19-48.

PÜTTNER, Günter. Die Zukunft öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt. *Zeitschrift für öffentliches Recht*. Wien: Springer, Band 56, 2001. p. 227-242.

RAWLINSON, Francis. Staaliche Beihilfen. In: LENZ, Carl Otto; BORCHARDT, Klaus-Dieter (Hrsg.). *EU- und EG-Vertrag: Kommentar*. 3. ed. Köln: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft, 2003. p. 1036-1086.

RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio. Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Madrid: Cinsa, sep./oct. 2002. p. 59-75.

RUIZ-JARABO COLOMER, Damaso. *El juez nacional como juez comunitario*. Madrid: Civitas, 1993. 202 p.

SANTOS, Maria Cecília de Andrade. Direito comunitário da concorrência: perspectivas para o Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 32, out./dez. 1999. p. 74-109.

SCHWARZE, Jürgen. Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 11. Jahrgang, Heft 20, out. 2000. p. 613-627.

SCHINA, Despina. *State aids under the EEC treaty: Articles 92 to 94*. Oxford: ESC, 1987. 221 p.

SEIDEL, Martin. *Das Beihilfenrecht der Europäischen Gemeinschaft*. Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1984. Heft 26. 30 p.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*. São Paulo: LTr, 1998. 317 p.

SINNAEVE, Adinda. Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 12. Jahrgang, Heft 3, feb. 2001. p. 69-77.

SINNAEVE, Adinda. Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 10. Jahrgang, Heft 9, maio. 1999. p. 270-277.

SOLTÉSZ, Ulrich. Öffentliche Finanzierung von Infrastruktur- und Erschließungsmaßnahmen und das EG-Beihilferecht. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 12. Jahrgang, Heft 4, fev. 2001. p. 107-111.

STEINDORFF, Ernst. Beihilfeverbote im Gemeinschaftsrecht und nationals Privatrecht. In: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996. p. 497-519.

TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mônica. *La Unión Europea*. 5. ed. Madrid: Alianza, 1999. 847 p.

TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*. 3. ed. Milão: Cedam, 2003. 865 p.

VAN BAEL, Ivo; BELLIS, Jean-François. *Droit de la concurrence de la Communauté Économique Européenne*. Bruxelles: Bruylant, 1990. 1284 p.

VAN DE WALLE DE GHELCKE, Bernard. Reflexión sur l'application 'horizontale' des règles sur les aides d'État. In: DONY, Marianne (Coord.). *Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck*. Bruxelles: Bruylant, 1999. p. 1589-1627. v. II.

van KAPPEL, Antonio Pérez. Auf dem Weg zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG durch die nationalen Gerichte. *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 12. Jahrgang, Heft 5, 2001. p. 228-233.

von der GROEBEN, Hans. Die Rolle der Wettbewerbspolitik für die Entstehung des Gemeinsamen Marktes. In: HRBEK, Rudolf; SCHWARZ, Volker (Hrsg). *40 Jahre Römische Verträge: Der deutsche Beitrag*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998. p. 171-173.

WEITBRECHT, Andreas. Das neue EG-Kartellverfahrensrecht. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 14. Jahrgang, Heft 3, feb. 2003. p. 69-73.

WEITBRECHT, Andreas. EU Merger Control in 2005 – An Overview. *European Competition Law Review*. London: Sweet and Maxwell, v. 27, n. 2, fev. 2006. p. 43-50.

ZINSMEISTER, Ute. Die dezentrale Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts durch die nationalen Kartellbehörden in der Praxis. *Wirtschaft und Wettbewerb*. Düsseldorf: Handelsblatt, 49. Jahrgang, Heft 2, feb. 1999. p. 115-120.



## DOCTRINAS

**S***ham litigation* e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência



## ***Sham Litigation e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência***

**Andressa Lin Fidelis**

---

---

*Estudante do 5º ano de graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e classificada em segundo lugar no 10º Prêmio Literário CIEE/CADE, sobre o tema "Sham Litigation – o abuso do direito de ação".*  
E-mail: *Andressa\_lin@yahoo.com.br*

---

1. Introdução. 2. Questões relevantes: 2.1. Conceito e Abrangência do Instituto. 2.2. Dificuldades em estabelecer Critérios e Padrão de Prova. 2.3. Competência do SBDC. 3. Revisão Judicial. 4. Considerações Finais. 5. Referências bibliográficas.

### **RESUMO**

Este artigo trata da prática de *sham litigation*, ou do abuso do direito de ação/petição com efeitos anticoncorrenciais, abordando suas origens doutrinárias e construção jurisprudencial na Suprema Corte americana e o tratamento recente da matéria conferido pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O presente trabalho objetiva: esclarecer o conceito e a abrangência do instituto; demonstrar a necessidade de um elevado padrão de prova quando da sua análise, haja vista a possibilidade de revisão judicial, e; tratar da competência do CADE para julgar tal prática.

### **ABSTRACT**

This paper discusses the practice of sham litigation, treating its doctrinal origins and its case law construction by the U.S. Supreme Court, and also the recent treatment given by the Brazilian Competition Policy System (BCPS) on this issue. This paper aims at: clarifying the concept and the scope of the institute; demonstrating the necessity of a high standard of proof when dealing with its analysis, considering the possibility of judicial review; and, finally, dealing with the CADE jurisdictional power to judge this practice.

**Palavras-chave:** *Noerr-Pennington Doctrine, sham litigation, direito de petição, CADE.*

## 1. Introdução

Um dos temas que desafia o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é a prática conhecida como *sham litigation*, expressão advinda da doutrina americana que significa o abuso do direito de ação ou petição com efeito anticoncorrencial. Por se tratar de tema recentemente vivido na jurisprudência brasileira, muitas dificuldades estão sendo enfrentadas: desde (i) o conceito e abrangência do instituto, perpassando (ii) a dificuldade em estabelecer critérios para sua identificação e prova, até (iii) a questão da competência do SBDC para tratar da matéria.

Este artigo tem como objetivo contemplar as três questões acima aventadas, ainda que de forma sucinta. Busca-se, assim, desenvolver pontos nodais ao tema, contribuindo para sua melhor compreensão.

## 2. Questões Relevantes

### 2.1. Conceito e Abrangência do Instituto

*Sham litigation* ou *sham exception*, como também o instituto é chamado, representa justamente uma exceção à “doutrina da imunidade à legislação antitruste”<sup>162</sup> – conhecida como *Noerr-Pennington Doctrine*, cujos fundamentos estão na Primeira Emenda à Constituição Americana. Por essa razão, mister se faz bem compreendê-la antes de definir uma de suas exceções.<sup>163</sup>

A *Noerr-Pennington Doctrine* trata de proteção conferida pela Suprema Corte Americana ao direito de petição, ainda que o exercício desse direito tenha como efeito prejudicar a livre concorrência ou consolidar poder de mercado.<sup>164</sup> Essa proteção reforçada está fundamentada nos ditames do sistema

---

<sup>162</sup> Importa esclarecer que tal imunidade se refere aos direitos de ação e petição, muito embora também existam outras espécies de imunidade antitruste, como a conferida para atos de Estado (imunidade *Parker*, que deu origem à *State Action Doctrine*).

<sup>163</sup> Uma busca pela identificação do instituto em uma série de julgados americanos e brasileiros está presente em Terepíns (2008). Sobre a origem do instituto ver também Gellis (2004).

<sup>164</sup> A idéia de objetivos contrapostos está bem delineada em Kintner e Bauer (1984: p. 588 e 589): “The Noerr-Pennington doctrine attempts to reconcile the sometimes conflicting goals of the antitrust laws, which seek to stimulate competition, with political and constitutional norms, which seek to protect freedom of speech, press, and assembly and to guarantee public access to governmental officials.”

democrático e na democracia representativa, de modo a conservar um canal livre pelo qual o particular possa influenciar diretamente o Poder Público em seu processo decisório, sem os possíveis empecilhos advindos das leis antitrustes. O direito protegido por essa doutrina é precipuamente político, de modo que uma petição dentro desses moldes e com o intuito de alcançar ação governamental estaria imune às leis de defesa da concorrência.

Melhor se compreende o contexto da *Noerr-Pennington Doctrine* por meio da análise de dois casos emblemáticos, julgados pela Suprema Corte Americana, que lhe deram origem: *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.* e *United Mine Workers of America v. Pennington*.<sup>165</sup>

Em síntese, no caso Noerr, uma associação de ferroviárias realizou bem sucedidas campanhas publicitárias com o principal objetivo de influenciar ações legislativas e medidas governamentais para impedir a aprovação de legislação favorável aos caminhoneiros e enrijecer as normas deste setor. Por seu turno, as companhias de caminhões processaram as ferroviárias acusando-as de tentar monopolizar o mercado e restringir a concorrência.

A Corte, ao sopesar os objetivos da lei antitruste e os valores constitucionais inerentes à atividade política, decidiu a favor das ferroviárias, reconhecendo que os esforços de indivíduos ou grupos para influenciar qualquer dos três Poderes, mesmo que tivesse como conseqüência a produção de medidas anticompetitivas, não são ilegais, mas, diversamente, estão amparados no direito constitucional de peticionar.<sup>166</sup> Considerou-se, ademais, irrelevante a intenção das rés; inapropriada a utilização da legislação antitruste para controlar comportamento político; e, por fim, alegou-se que o dano causado era resultado inafastável de atividade política legítima. A Corte sustentou que as leis antitruste nunca tencionaram proibir as pessoas de exercer seu direito de petição em face do Poder Público.

Em *Pennington*, a Corte reiterou a doutrina da imunidade antitruste ao direito de petição. No caso, um sindicato de mineiros e diversas grandes mineradoras da indústria de carvão estabeleceram, junto à Secretaria do Trabalho e escritórios de uma agência federal, a fixação de um salário mínimo para a indústria, recomendando também que o carvão só deveria ser adquirido das empresas que praticassem o valor fixado. Os operadores de companhias pequenas, que não poderiam praticar tal valor, alegaram dano à competição no setor. No julgamento, a Suprema Corte novamente mostrou sua preferência pelos valores consagrados no *First Amendment* relativos ao direito de petição.

---

<sup>165</sup> Respectivamente: 365 U.S. 127 (1961) e 381 U.S. 657 (1965).

<sup>166</sup> Todavia, neste julgamento, a Corte sugeriu que o direito de buscar ação governamental poderia sofrer exceções: "There may be situations in which a publicity campaign, ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover what is actually nothing more than an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor and the application of the Sherman Act would be justified."

Importa salientar que a doutrina americana criada para imunizar o direito de petição frente às leis antitruste amolda-se bastante bem ao direito brasileiro, pois o *First Amendment*,<sup>167</sup> base da *Noerr-Pennington Doctrine*, encontra eco nos direitos e garantias individuais assegurados em nossa Constituição Federal de 1988.<sup>168</sup>

Em suma, tem-se que a *Noerr-Pennington Doctrine* ampara o direito de ação e a conseqüente possibilidade do particular influenciar as ações do Poder Público – aqui incluído tanto o Legislativo, como o Executivo e o Judiciário – conferindo-lhe imunidade, ou um “salvo-conduto”, com relação à aplicação das normas anticoncorrencias.

Todavia, como todo o direito, o de petição também não é absoluto e deve ceder espaço para outros valores constitucionais no exame do caso concreto. É por essa razão que a *Noerr-Pennington Doctrine* apresenta a *sham exception*.<sup>169</sup> Dessa maneira, como já antecipado em *Noerr*, não há que se falar em imunidade quando a tentativa de influenciar a ação governamental constituiu-se em mero instrumento para prejudicar o concorrente, configurando uma restrição ilegal ao comércio.

O caso que primeiro aplicou a *sham exception* envolveu uma companhia de caminhões que acionou judicialmente e administrativamente, excessivas vezes, um concorrente com o objetivo de retirá-lo do mercado. Trata-se de *Califórnia Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*<sup>170</sup>, no qual a Corte sustentou que se uma firma ou grupo de firmas utilizarem do seu direito de petição ao Poder Público com o exclusivo propósito de falsear a concorrência, por meio de ações prejudiciais às atividades de um competidor, a imunidade à legislação antitruste não poderia ser aplicada.

---

<sup>167</sup> “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

<sup>168</sup> Vide rol do art. 5º, CF.

<sup>169</sup> A Secretaria de Direito Econômico (SDE) define o instituto como “o uso indevido de procedimentos e regulamentações públicas, incluindo procedimentos administrativos e judiciais, com o intuito de prejudicar concorrentes, constituindo-se, assim, abuso de poder econômico apto a ser punido nos termos da Lei n. 8.884/94” (Relatório de Gestão SDE referente ao exercício de 2008, pág. 111).

<sup>170</sup> 404 U.S. 508 (1972). Neste julgado, a Corte Americana utilizou a *sham exception* para fundamentar a ilicitude da conduta de empresa que intervinha seguidamente nos procedimentos de licenciamento dos concorrentes, com argumentos vazios e flagrantemente improprios.

Sublinha-se, nesse julgado, o entendimento de que princípios de liberdade de expressão envolvidos no direito de petição não podem ser usados como escudo contra condutas ilícitas, a veicular litígio infundado.<sup>171</sup> Importantes parâmetros para identificação do abuso foram levantados neste caso. A propósito, Kintner e Bauer (1984: p. 566. Grifo acrescentado) sublinham dois importantes critérios:

“(...) *If the defendant’s goal in seeking governmental action is not the action at all, but rather to injure its competitor or to obtain a competitive advantage, then the defendant’s petitioning may properly be characterized as a sham. On the other hand, even if the defendant truly wants the governmental action sought, certain means of attempting to obtain that relief are so improper that they are beyond the realm of political activity for antitrust purposes*”.

Além da relevância conferida à intenção da conduta e aos meios empregados na ação do requerido, a Corte identificou pelo menos outras quatro formas de comportamentos ilícitos que poderiam indicar a presença de *sham*, dentre as quais: o falso testemunho; o uso de uma patente obtida por fraude para excluir um concorrente do mercado; o conluio com autoridade pública para eliminar concorrentes; e o suborno de um agente público.

Para além dos critérios estabelecidos em *Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, no qual o requisito subjetivo da intenção do agente ganha importante relevo, parâmetros objetivos também foram trazidos por julgados posteriores, com o intuito de auxiliar a identificação de *sham*. Pelo curto espaço deste artigo, importa citar apenas algumas situações principais em que houve a aplicação da *sham exception* na experiência americana:<sup>172</sup> utilização de informação falsa ou utilização de alegações infundadas; o grande número de processos instaurados (muito embora já se tenha caracterizado *sham* com a

---

<sup>171</sup> 404 U.S. 508 (1972): “(...) a pattern of baseless, repetitive claims may emerge which leads the factfinder to conclude that the administrative and judicial processes have been abused. That may be a difficult line to discern and draw. But once it is drawn, the case is established that abuse of those processes produced an illegal result, viz., effectively barring respondents from access to the agencies and courts. Insofar as the administrative or judicial processes are involved, actions of that kind cannot acquire immunity by seeking refuge under the umbrella of ‘political expression.’”

<sup>172</sup> Tais critérios objetivos foram retirados de diversos julgados de diferentes instâncias dos EUA e sinteticamente compilados em Kintner e Bauer (1984: pp. 571-579).

existência de uma só demanda); reutilização de demanda que já tenha se mostrado improcedente;<sup>173</sup> dentre outras.

Ainda com o intuito de estabelecer critérios de identificação da *sham litigation*, cabe mencionar o caso *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures*<sup>174</sup> no qual foi aplicado um teste de duas partes que possibilitava ao juiz decidir se estava ou não frente a uma *sham exception*. Trata-se do *PREI Test*, aplicado pelo Justice Thomas com o objetivo de identificar o abuso:

*“(...) first, the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits; and second, that the subjective motivation for the baseless lawsuit concealed ‘an attempt to interfere with the business relationships of a competitor.’ (508 U.S. 49, 1993).*

A importância de identificar a *sham litigation* ganha relevo na arena de defesa da concorrência quando percebemos a possibilidade de empresas usarem da máquina estatal não como forma de exercer legitimamente seus direitos e influenciar autenticamente o Poder Público – mesmo que isso contrarie a livre concorrência –, mas como instrumento que visa precipuamente criar ou manter um poder de mercado, ou que possa configurar abuso do poder econômico em detrimento de outros concorrentes e em prejuízo do consumidor.

## 2.2. Dificuldades em estabelecer Critérios e Padrão de Prova

Em que pese todo o esforço da doutrina e jurisprudência americana supra analisadas, identificar o abuso do direito de ação com efeitos anticoncorrencias – desafio ainda mais custoso para a recente jurisprudência brasileira – permanece como tarefa complexa a ser desempenhada caso a caso, de acordo com o conjunto de fatos e a análise do direito em questão. Afinal, saber se o direito de petição ou ação está sendo regularmente exercido ou se há abuso em seu uso é mais um problema de identificar a intenção<sup>175</sup> do agente

---

<sup>173</sup> Importa salientar, todavia, que mesmo a demanda procedente, mas embutida de um propósito colateral anticoncorrencial, pode ser caracterizada como sham, conforme asseverado pelo Justice Stevens em *Professional Real Estate Investors*, 508 U.S. at 69 (1993).

<sup>174</sup> 508 U.S. 49 (1993).

<sup>175</sup> Sabe-se que, nos termos da Lei 8.884/94, as infrações podem existir independentemente da intenção do agente. Todavia, para que a *sham exception* esteja configurada, importa diferenciar



atrelada à potencialidade de produção de danos concorrenciais, do que tentar utilizar categorias fechadas de ilícito para a identificação do tema.

Posto de outro modo, para se identificar a prática de *sham litigation* necessariamente deverá ser realizado o esforço de identificação do exercício anormal do direito e suas conseqüências no tocante ao princípio constitucional da livre concorrência, sendo certo que uma decisão comprometida com o princípio da motivação deve perpassar uma séria preocupação com o padrão probatório, ou seja, com os critérios usados para identificar suficientemente o ilícito.

Frise-se que o direito de petição, para assim ser caracterizado, tem finalidade e pressupostos constitucionais a serem observados. Deve ser considerado, portanto, instrumento para o acesso à justiça e, paralelamente, possibilitar a ampla defesa – por meio de uma petição bem fundamentada.<sup>176</sup> Esse direito é definido por José Afonso da Silva como o de invocar a atenção do Poder Público sobre uma questão ou uma situação, inclusive para solicitar uma modificação. O autor também destaca tal direito como instrumento para manifestação da liberdade de opinião e seu caráter de aspiração dirigida a certas autoridades (SILVA, 2007: p.130). Direito de petição contrário a tais caracterizações e condicionantes, tende a configurar abuso de direito. Implicando, ainda, em prejuízo ao mercado, tende a caracterizar a prática de *sham*.

Assim entendendo, o direito de petição não contém propriamente uma *imunidade* antitruste. Diferentemente, o direito de petição tem contornos constitucionais que devem ser observados, sob pena de sua descaracterização. Quando não configurado o exercício de direito de petição, nos moldes propostos pela *Noerr-Penington Doctrine*, há apenas o interesse do particular abusando da máquina pública, o que não pode se sobrepor à livre concorrência como direito difuso e constitucional.

Mostra-se, assim, grande a dificuldade de identificar o ilícito, pois a linha que divide o direito político de petição e o abuso desse direito é bastante tênue. Em ambos os casos pode haver prejuízo concorrencial. Contudo, parece que a diferença está no fato de que no exercício regular do direito o prejuízo é apenas decorrência do pleito legítimo; enquanto que no uso abusivo o dano concorrencial é um fim em si mesmo.

Nesta oposição entre o direito constitucional de petição e sua utilização indevida como uma tática para excluir a concorrência, a maior dificuldade está em saber quais parâmetros ou critérios devem ser utilizados para

---

a intenção do agente ligada à produção de efeitos prejudiciais ao mercado, sem o que nada mais haveria senão o exercício normal do direito de ação.

<sup>176</sup> Conforme o art. 30 da Lei 8.884/94 (grifo acrescentado): “a SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício, ou à vista de representação escrita e fundamentada, de qualquer interessado (...)”. Tal disposição ressalta a confluência da ampla defesa e do acesso à justiça no direito de petição aos órgãos públicos. Também nesse sentido Dutra (2003).

garantir uma decisão que puna apenas o abuso do direito, não seu exercício regular.

Por se tratar de prática de difícil comprovação, a caracterização de *sham litigation* impõe um elevado padrão de prova. Nesse sentido, a dúvida e ambigüidade nos fatos deve necessariamente beneficiar o acusado da prática.<sup>177</sup> A aplicação de um teste, como o *PREI Test*, embora muito contribua para a objetividade da investigação antitruste e sirva de norte para orientar as condutas dos particulares, não deve ser usado de forma mecânica, sem a preocupação de medir a conseqüência e amplitude dos fatos ditos ilícitos e a ocorrência do dano injusto, inclusive em consideração ao princípio da legalidade estrita, preocupação constitucional que deve nortear, sempre que possível, as sanções antitrustes.

Nesse sentido, mesmo que o *caput* do art. 20 da Lei 8.884/94 pareça se satisfazer com a mera potencialidade do efeito anticoncorrencial, se não houver nexo causal entre a conduta e o potencial efeito anticoncorrencial, não há como sancionar dita prática, em observância ao princípio constitucional da segurança jurídica<sup>178</sup>.

Como de regra, também em *sham*, é indispensável bem compreender as particularidades do ambiente competitivo do setor em questão. Ademais, deve-se verificar: se há racionalidade na conduta, se houve criação de barreira efetiva à entrada e a existência de poder de mercado; como também averiguar a existência de plausibilidade do direito invocado, a verdade das informações e a adequação e razoabilidade dos meios utilizados.<sup>179</sup> Esses são exemplos de preocupações inafastáveis<sup>180</sup> para que se possa identificar a prática de *sham litigation*.

### 2.3. Competência do SBDC

Expostas as raízes do instituto e a problemática dos critérios tênues para sua identificação, cabe ainda enfocar alguns aspectos do último tópico a que se propõe a análise deste artigo, a saber: a competência do SBDC para apreciar tais demandas.

---

<sup>177</sup> Critério presente no julgado americano *Matsushita v. Zenith Ratio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986)

<sup>178</sup> Como asseverado no art. 2º da Lei 9.784/99.

<sup>179</sup> Esses critérios são sugeridos pela jurisprudência americana, analisados por Kintner e Bauer (1984).

<sup>180</sup> O Conselheiro Paulo Furquim, na 451ª Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, falou de fatores essenciais para que seja plausível a existência de infração à concorrência: “nesse exame, um elemento que deve ser sempre ponderado, ainda que de forma preliminar, é a existência de poder de mercado pelo agente econômico investigado, sem o qual, não há que se cogitar de violação as normas antitrustes. Outra questão a ser considerada é a presença de racionalidade econômica na suposta conduta anticompetitiva de forma a se demonstrar a causalidade entre a conduta realizada e possíveis prejuízos a concorrência.”

Considerando ainda a proteção constitucional ao direito do particular de influir no processo decisório do Estado, importa ter em mente que o SBDC só é chamado a atuar em caso de abuso de direitos; a dizer, em caso de exercício regular do direito, nada restaria à apreciação do Sistema. Desse modo, tendo sempre em mente que nenhum direito é absoluto, a questão posta é: o direito de ação ou petição pode sofrer que tipo de limitações? Como o exercício regular do direito de ação limita a competência do SBDC?

Uma leitura apressada do art. 15 da Lei 8.884/94 e uma interpretação pouco sistemática do princípio constitucional da livre concorrência podem levar ao entendimento de que o SBDC possui competência ampla e irrestrita para tratar do tema e punir condutas baseadas em direito de ação. Esse entendimento, todavia, há de ser relativizado.

É devida, nesse ponto, uma diferenciação entre a atuação do particular frente a cada um dos Poderes do Estado. Em se tratando do Judiciário e do Executivo o exercício do direito de petição e de ação, respectivamente, podem repercutir diretamente na atividade do concorrente, sendo certo que devem ser limitados pela boa-fé e, nas hipóteses do abuso do direito, também pelas normas de defesa da concorrência.<sup>181</sup> Já na esfera do Legislativo, o exercício do direito de ação não implica, *per se*, em efeito danoso à concorrência imputável ao particular.

Assim, em que pese o fato de que também frente ao Poder Legislativo o particular pode exercer seu direito de petição e sua prerrogativa de influenciar o processo decisório do Estado, podendo, no exercício desse direito, decorrer ação Legislativa que restrinja a concorrência, não parece haver como tal situação ser contraposta ao particular frente à legislação antitruste.<sup>182</sup>

Essa limitação ao atuar do SBDC tem por principal fundamento a proteção e consagração constitucional do direito de petição exercido dentro dos moldes da democracia representativa. Lei ordinária jamais poderia se sobrepor aos ditames constitucionais do art. 5º, XXXIV e XXXV. No limite, mesmo que o particular venha a propor projeto de lei com o objetivo de extirpar a lei de defesa da concorrência do ordenamento, estará em pleito legítimo<sup>183</sup>. Não há ilícito neste momento, vez que não se pode estabelecer nenhum nexos causal direto entre sua ação e o surgimento da real potencialidade de efeito anticoncorrencial. Tratar-se-

---

<sup>181</sup> No tocante ao Judiciário, há uma questão importante e complexa para a hipótese de haver concomitantemente, no Judiciário e no CADE, processos que analisem a mesma prática de *sham*. Para que seja possível defender a competência do CADE para apreciar a questão de forma concorrente, importa que o Conselho busque na caracterização do ilícito mais do que uma pretensão vedada ao insucesso, mas, mais do que isso, uma pretensão de má-fé que implique em vantagem ilícita para o particular, sob pena de prejudicar a eficiência de sua decisão.

<sup>182</sup> Para mais detalhes dessa discussão conferir Jordão (2009).

<sup>183</sup> Por não se tratar de cláusula pétrea, nada obsta o pleito exemplificado, muito embora uma lei com esse teor seja certamente inconstitucional (art. 173, §4º, CF).

ia do exercício do direito político, sendo lógico que somente após a publicação de tal lei é que se poderia falar em dano eventual.

Não obstante, também é certo que ao ato estatal é conferida isenção antitruste,<sup>184</sup> cabendo ao SBDC não mais que emitir pareceres desfavoráveis ao ato do exemplo em questão. Não há instrumentos de controle conferidos ao SBDC para a hipótese. Entender de forma diversa mutilaria irreparavelmente o núcleo do direito de ação frente ao Legislativo e incorreria invariavelmente em conflito de competência. Por outro lado, a verificação pelas autoridades da concorrência da prática de *lobby* por regulação anticompetitiva deve ser levada em conta quando somada a ações anticoncorrencias no Executivo ou no Judiciário, a fim de robustecer o conjunto probatório a motivar eventual condenação.

O direito de ação perante o Poder Executivo baseado em pleito infundado ou que seja mero instrumento para prejudicar concorrentes (por ex., falsidade nas informações contidas em impugnação usada contra autorização concedida para concorrente), deve ser analisado e punido pelo SBDC. Importa frisar que, muito embora a prática de *sham* possa ser localizada no âmbito do Executivo, os atos expedidos pela Administração direta na elaboração de políticas públicas e a regulação setorial desempenhada pelas Agências Reguladoras, em regra, também são alcançadas pela isenção antitruste,<sup>185</sup> restando ao CADE papel excepcional e pontual.<sup>186</sup>

Conclui-se, pelo exposto, que nas esferas onde o SBDC é incompetente (âmbito do Legislativo, atos do Poder Público e matérias de análise exclusiva de outros órgãos, como o INPI), ele é chamado a atuar por meio da advocacia da concorrência, nos termos do artigo 14 da Lei n. 8.884/94. A garantia da isenção antitruste, todavia, não quer significar impunidade. Entende-se que o eventual controle do comportamento de órgãos integrantes da Administração Pública por conduta ilícita, mesmo com efeitos prejudiciais ao mercado, se faz por meio da fiscalização dos tribunais de contas e da revisão judicial de atos administrativos, e não, em princípio, pelo SBDC.<sup>187</sup> O controle de *lobby* abusivo

---

<sup>184</sup> A isenção se justifica pelo fato de que a concorrência não pode ser entendida como um objetivo em si mesmo, vez que o bem estar do consumidor pode ser alcançado por medidas outras, que propiciem mais eficiência ao mercado em questão. Acerca da isenção antitruste, conferir Campos (2008).

<sup>185</sup> As exceções surgem quando há previsão legal contrária ou quando não está claro o intuito de substituir a concorrência pela regulação, hipóteses em que as leis antitruste têm aplicação. No setor de Telecomunicações, por exemplo, há previsão expressa para aplicação das normas concorrenciais (vide art. 5º, Lei 9.472/97).

<sup>186</sup> Vale citar decisão do CADE a respeito: “Ementa: Averiguação Preliminar. (...) Incompetência do CADE para julgar atos do Poder Público de natureza regulatória. Ausência de indício de influência determinante de agentes privados. Decisão pelo arquivamento.” (Averiguação Preliminar 08000.013661/97-95). Também há contribuições para a questão em Aragão (2009).

<sup>187</sup> Conforme entendimento contido na Portaria SDE nº 51/09, que guarda grande pertinência com relação aos critérios de limitação da competência do SBDC também para *sham litigation*.

no Legislativo também não está a cargo do SBDC, mas resta enquadrado dentro das esferas próprias de competência criminal e administrativas.

### 3. Revisão Judicial

O caso SINPETRO bem ilustra a complexidade do tema e a necessidade de incessante aprimoramento dos critérios usados pelo SBDC para identificar a prática do ilícito. Embora o julgado não mencione expressamente a conduta de *sham litigation*, amolda-se a ela perfeitamente. O caso é particularmente interessante, pois a condenação imposta pelo CADE,<sup>188</sup> ao entender pela prática de abuso do direito de ação, foi reformada na primeira instância da Justiça Federal.<sup>189</sup>

Segundo os fatos, em breve síntese, postos de gasolina da cidade de Brasília realizaram *lobby* perante autoridades públicas (órgãos administrativos e Poder Legislativo) buscando evitar que o Carrefour pudesse construir posto de gasolina em seu estabelecimento. A preocupação dos postos de gasolina apontava para o prejuízo da competição no setor, vez que o Carrefour, dadas certas isenções tributárias, poderia vender a gasolina a preço bem inferior.

O CADE enquadrou a prática dos postos como uma pressão ilícita exercida de forma coordenada junto a membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo do Distrito Federal para evitar a entrada de concorrente no mercado. Dito de outro modo, o Conselho entendeu configurado abuso do direito de ação, ou, nos moldes propostos pela doutrina americana, a exceção a *Noerr-Pennington Doctrine*. Ademais, já no âmbito do processo judicial, o CADE defendeu não caber ao Poder Judiciário a revisão de decisões que sejam “razoáveis, proporcionais e que respeitem os ditames constitucionais.”<sup>190</sup>

O Judiciário da primeira instância, em sentido oposto, afirmou que o sindicato dos postos de gasolina não detém poderes de natureza pública para criar qualquer obstáculo à entrada de outra empresa no setor em tela, pois quem

---

<sup>188</sup> Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77, tendo como Representadas o SINPETRO/DF, a Rede Igrejinha e a Rede Gasol e como Representante o DPDE “ex officio”. O acórdão foi publicado no DOU em 16.04.2004. Na ocasião, o Conselho, por unanimidade, considerou as Representadas como incurso no art. 20, inciso I, II e IV, combinado com o art. 21, incisos II, IV e V todos da Lei nº 8.884/94, impondo multa no valor equivalente a 5% (cinco por cento) de suas receitas brutas, em razão da prática de limitar a concorrência impedindo a entrada de novo competidor no mercado de revenda de combustíveis no Distrito Federal.

<sup>189</sup> Trata-se dos Processos de nº 2005.34.00.012752-0 e 2005.34.00.024524-7, julgados em conexão, em razão da similitude entre suas causas de pedir e pedido, pelo Juiz Rubem Lima de Paula Filho, da Justiça Federal de 1ª instância, seção judiciária do distrito federal, 17ª Vara, em 25 de janeiro de 2006. A sentença proferida na ocasião está sujeita ao reexame necessário, por força do art. 475, I, CPC. Todavia, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região ainda não proferiu decisão (última conferência em 01.05.2010)

<sup>190</sup> Conforme folhas 2395 dos autos do processo judicial mencionado.

elabora as leis urbanísticas e concede ou não a licença para a instalação de atividades econômicas é o Distrito Federal, sendo que, ainda que as Representadas pudessem influenciar a atividade legislativa, ainda assim tal atividade seria legítima.

Na sentença, foi ainda destacado que o entendimento do CADE estava em desacordo com o relatório expedido pela Secretaria de Direito Econômico e o entendimento da Procuradoria do CADE. Acrescentou-se que a imputação administrativa foi ofensiva às garantias constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade. Para o juiz da primeira instância, o *lobby* realizado apenas veiculou pretensão legítima e não poderia ser entendido como infração à ordem econômica, mesmo causando prejuízos a outros agentes econômicos. Concluiu, desse modo, asseverando que ao Legislativo caberia decidir se a reivindicação era lícita ou não, julgando favoravelmente ao sindicato.

#### 4. Considerações Finais

De todo o exposto, têm-se três pontos conclusivos: o instituto da *sham litigation* é essencialmente uma construção jurisprudencial, devendo ser a tendência do SBDC a de julgar pela excepcionalidade da conduta, como já se passa no âmbito da SDE;<sup>191</sup> o ônus da prova deve ter um *standard* bastante elevado para identificação do ilícito, sob pena de se punir a garantia constitucional do direito de petição; e, por fim, deve-se primar pela fundamentação e motivação da decisão proferida, haja vista a inevitável judicialização da demanda.

A análise do SBDC comprometida com os valores constitucionais do direito de ação ou petição deve ser sensível e criteriosa para identificar o seu abuso e exigente quanto ao sistema probatório, afim de que atos de má-fé praticados por particulares não sejam escudados pela garantia constitucional do art. 5º, XXXIV, mas, diversamente, busque-se conservar os valores da livre concorrência e o bem-estar do consumidor.

---

<sup>191</sup> Haja vista o grande número de arquivamentos realizados, segundo consta dos Relatórios de Gestão SDE nos anos de 2008 e 2007. Destaca-se que o julgamento de casos como o PA 08012.004484/2005-51 (Seva x Siemens) será de suma importância para a construção da jurisprudência do SBDC na matéria.

## 5. Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre de Santos. (2009) “Competências Antitruste e Regulações Setoriais”. *Revista IBRAC*. Volume 16, número 1, pág. 42.

CAMPOS, Marcos Vinícius de. (2008) *Concorrência, Cooperação e Desenvolvimento: do falso dilema entre competição ou cooperação ao conceito de concorrência cooperativa*. São Paulo: Singular.

DINAMARCO, Cândido Rangel. (2009) *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 6ª edição. São Paulo: Editora Malheiros.

DUTRA, Pedro. (2003) *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar.

GELLIS, Cathy. (2004) “RIAA Lawsuits and Noerr-Pennington Immunity”. *Antitrust and IPI*. December 21.

HOVENKAMP, Herbert. (2005) *Black letter outlines: Antitrust*. 4th edition. Ed. Thomson West.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. (2009) *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum.

KINTNER, Earl W. & BAUER, Joseph P. (1984) “Antitrust Exemptions for Private Requests for Governmental Action: A Critical Analysis of the Noerr-Pennington Doctrine”. *UC-Davis Law Review*, University of California, Vol. 17, pp. 549-589.

Portaria SDE nº 51, de 03 julho de 2009 – “Guia de Análise de Denúncias sobre Possíveis Infrações Concorrenciais em Licitações e o Modelo de Declaração de Elaboração Independente de Proposta”

Processo Administrativo nº 08000.024581/94-77 (Representante: SDE; Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do DF, Rede Gasol e Grupo Igrejinha). Relator: Cons. Roberto Pfeiffer. DOU: 16.04.04.

SILVA, José Afonso da. (2007) *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros

TEREPINS, Sandra. (2008) “Sham litigation: uma exceção à doutrina Noerr-Pennington e a experiência recente vivida pelo CADE.” *Revista do Ibrac*, v. 15, n.1, p. 63-97.





## DOCTRINAS

**R**egulação e concorrência no setor de energia elétrica



## Regulação e concorrência no setor de energia elétrica

Amanda Athayde Linhares  
Martins

Amanda Athayde Linhares Martins é acadêmica do curso de Direito na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG e Administradora de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UNA, ambos em Belo Horizonte (MG). Realizou o PINCADE em julho de 2007 e é ex-membro do Grupo de Estudos de Direito Internacionais (GEDI), do Grupo de Estudos de Direito do Comércio Internacional (GEDICI), e do Centro de Estudos Brasileiros e da Organização do Comércio (CEB-OMC), todos da UFMG. Foi intercambista na Université Paris I – Panthéon Sorbonne em 2009/2010.  
E-mail: amandathayde@gmail.com.

1. Introdução. 2. O novo modelo regulatório do setor elétrico no Brasil. 3. Aneel e SBDC interação para garantir a concorrência no setor de energia elétrica. 4. Concorrência no mercado de energia termelétrica. 4.1. A matriz energética brasileira. 4.2. A "questão Petrobrás". 4.3. Alguns atos de concentração da Petrobrás em geração de energia termelétrica. 4.3.1. Da definição de mercado relevante. 4.3.1.1. Da dimensão do produto. 4.3.1.2. Da dimensão geográfica. 4.3.2. Da determinação da parcela de participação de mercado da Petrobrás. 4.3.3. Exame de probabilidade do exercício de poder de mercado. 5. Conclusão.

### RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a interação entre regulação e concorrência no setor de energia elétrica brasileiro. O foco é na avaliação dos possíveis problemas antitruste gerados pelos recentes e crescentes investimentos da Petrobrás em termelétricas. A partir disso será demonstrada a improbabilidade do exercício do *market power* dessa empresa no mercado nacional de geração de energia termelétrica graças às regras regulatórias existentes no setor.

### ABSTRACT

The present article aims at analyzing the interaction between regulation and competition law in the Brazilian electric energy sector. The focus is on the evaluation of the antitrust problems eventually caused by the recent and increased investments made by Petrobrás enterprise in thermoelectric plants. Then, the improbability of the exercise of its market power in the national market of generation of thermoelectric energy due to regulatory rules will be demonstrated.

**Palavras-chave:** energia elétrica – termelétrica – concorrência – regulação.

## 1. INTRODUÇÃO

Uma das variáveis para se definir um país como desenvolvido é a facilidade de acesso da população aos serviços de infra-estrutura, como saneamento básico, transportes, telecomunicações e energia. De todos esses segmentos da infra-estrutura, o da energia elétrica é o serviço mais universalizado<sup>192</sup>, sendo que atualmente no Brasil uma parcela superior a 98% da população tem acesso à eletricidade<sup>193</sup>.

Essa quase universalização do serviço da energia elétrica foi possível graças às mudanças estruturais sofridas ao longo da história brasileira, especialmente na década de 90 e a partir de 2004, que instituíram um novo modelo de sistema elétrico no Brasil e um sistema regulatório bem estruturado, razão pela qual este contexto evolutivo será lembrado.

A estrutura regulatória, entretanto, não é suficiente para garantir a livre concorrência no setor - mais especificamente nos mercados de geração e comercialização, visto que distribuição e transmissão permanecem monopólios naturais. Por essa razão, verificando a relação latente entre regulação e concorrência, é necessário entender a interação existente entre a agência reguladora do setor, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), os três órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que são a Secretaria de Defesa Econômica (SDE), a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE).

Neste contexto de interação e complementaridade da regulação com a defesa da concorrência, especialmente no que se refere aos atos de concentração envolvendo empresas de energia elétrica apresentados ao SBDC nos últimos anos, é observável um crescente aumento no número de aprovações de atos relativos à expansão da capacidade produtiva em termelétricas. Um agente econômico, especificamente, chama a atenção, a Petrobrás, empresa que vem investindo fortemente em geração de energia elétrica, sobretudo em termelétricas, e que avivou a discussão acerca das possíveis conseqüências à concorrência ocasionadas pela sua participação no setor. Diante disso, será feito um estudo da indústria de energia elétrica e de suas fases produtivas, bem como da composição da matriz energética brasileira. Também será avaliada a estrutura

<sup>192</sup> Atlas da energia elétrica no Brasil. 3ª Ed. Brasília: ANEEL, 2008. p. 22.

<sup>193</sup> Este valor de 98% é potencialmente crescente, tendo em vista a continuação dos programas de inserção social, em particular o programa governamental "Luz para todos". Dado do site do Operador Nacional do Sistema (ONS), disponível em: <[http://www.ons.org.br/institucional\\_linguas/modelo\\_setorial.aspx](http://www.ons.org.br/institucional_linguas/modelo_setorial.aspx)> (último acesso em 27/04/2010).

corporativa da Petrobrás e as razões de um receio de prática anticoncorrencial eventualmente por ela imposta. Finalmente, a didática de análise de um ato de concentração efetuada pelos órgãos de defesa da concorrência no Brasil será adotada, a fim de se verificar a probabilidade de imposição de práticas anticoncorrenciais por esta empresa no mercado nacional de geração de energia termelétrica, dando a devida atenção ao enquadramento do setor como mercado regulado.

## 2. O NOVO MODELO REGULATÓRIO DO SETOR ELÉTRICO NO BRASIL

Para garantir o serviço público básico de eletricidade a toda a sociedade, a indústria da energia elétrica faz parte de uma cadeia econômica que tem início na exploração de recursos naturais estratégicos, de propriedade da União, e que termina com o fornecimento da energia elétrica à população. Esse acesso universal é um desafio especial no Brasil, dada a larga extensão territorial do país, mas a história mostra que foi possível o desenvolvimento do setor, que atuou tanto em um extremo, de desenvolver tecnologias, quanto no outro, de aumentar do número de pessoas com acesso às fontes mais eficientes de energia.

Durante o período de crescimento elevado na década de 70, o planejamento energético e as decisões de investimento eram coordenados pela Eletrobrás, com base em previsões sobre o perfil de crescimento da economia. A expansão da capacidade produtiva, por sua vez, era financiada através de créditos externos e de impostos específicos sobre o consumo de energia. As tarifas, finalmente, eram fixadas pelo Conselho Nacional de Política Energética, seguindo orientações dos Ministérios de Minas e Energia, Planejamento e Fazenda<sup>194</sup>.

Com a crise fiscal dos anos 80, entretanto, e com o esgotamento das fontes externas de financiamento, as sucessivas tentativas governamentais de usar as tarifas de serviços públicos como paliativos para lidar com o descontrole inflacionário da época mostraram-se inviáveis para preservar a política energética até então executada<sup>195</sup>.

Assim, desde a década de 90 o modelo institucional do setor de energia elétrica teve que passar por mudanças, que culminaram na sua completa reestruturação. A reforma começou em 1993 com a Lei n. 8.631, que extinguiu a

---

<sup>194</sup> ARAÚJO JR, José Tavares de. *Regulação e concorrência em setores de infra-estrutura*. Rio de Janeiro: XVII Fórum Nacional, 2005. p. 7. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/670066.PDF>> (último acesso em 27/04/2010).

<sup>195</sup> Idem.

equalização tarifária vigente e criou os contratos de suprimento entre geradores e distribuidores, e foi marcada pela promulgação da Lei n. 9.074 de 1995, que criou o Produtor Independente de Energia<sup>196</sup> e o conceito de Consumidor Livre<sup>197</sup>.

Em 1996 foi implantado o Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro, coordenado pelo Ministério de Minas e Energia (MME), cujas conclusões foram basicamente pela necessidade de: (a) implementar a desverticalização das empresas de energia elétrica, dividindo-as nos segmentos de geração, transmissão e distribuição, (b) incentivar a competição nos segmentos de geração e comercialização, (c) manter sob regulação os setores de distribuição e transmissão de energia elétrica, considerados como monopólios naturais, sob regulação do Estado<sup>198</sup> e (d) criar novas entidades.

No que se refere a esta última necessidade, efetuou-se a criação de um órgão regulador (a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL<sup>199</sup>), de um operador para o sistema elétrico nacional (Operador Nacional do Sistema Elétrico - ONS<sup>200</sup>) e de um ambiente para a realização das transações de compra e venda de energia elétrica (o Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE<sup>201</sup>). Estas três entidades foram instituídas, respectivamente, pela Lei n. 9.427 de dezembro de 1996, pela Lei n. 9.648 de 27 de maio de 1998 e pelo Decreto n. 2.655 de 2 de julho de 1998.

Em 2001, entretanto, o setor elétrico brasileiro sofreu com o “apagão”, que representou a grave crise de abastecimento existente no país e que resultou em um plano de racionamento de energia elétrica. Diante das críticas sofridas e visando a adequar o modelo em implantação, foi instituído em

---

<sup>196</sup> Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco. Arts. 11 a 14 da Lei n. 9.074 de 1995.

<sup>197</sup> Consumidor livre é aquele que, atendido em qualquer tensão, tenha exercido a opção de compra de energia elétrica, conforme as condições previstas nos arts. 15 e 16 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995. Apesar de a noção de consumidor livre ter sido estabelecida nesta lei mencionada, o seu conceito só foi estabelecido no Decreto n. 5.163 de 3 de julho de 2004, em seu art. 1º, inciso X.

<sup>198</sup> Site da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), disponível em: <<http://www.ccee.org.br/cceeinterdsm/v/index.jsp?vgnextoid=96a0a5c1de88a010VgnVCM100000aa01a8c0RCRD>> (último acesso em 27/04/2010).

<sup>199</sup> A ANEEL é autarquia sob regime especial instituída com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

<sup>200</sup> O ONS é uma entidade de direito privado, sem fins lucrativos, responsável pela coordenação e controle da operação das instalações de geração e transmissão de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN), sob a fiscalização e regulação da ANEEL.

<sup>201</sup> O MAE foi substituído posteriormente pela CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, atualmente existente.

2002 o Comitê de Revitalização do Modelo do Setor Elétrico, cujo trabalho resultou em propostas de alterações<sup>202</sup>.

A partir dessas propostas, durante os anos de 2003 e 2004 o Governo Federal lançou as bases de um novo modelo para o Setor Elétrico Brasileiro, sustentado pelas Leis n. 10.847 e 10.848, ambas de 15 de março de 2004 e pelo Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004. Em termos institucionais, esse novo modelo definiu a criação de uma instituição responsável pelo planejamento do setor elétrico a longo prazo (a Empresa de Pesquisa Energética - EPE<sup>203</sup>), de uma instituição com a função de avaliar permanentemente a segurança do suprimento de energia elétrica (o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico - CMSE<sup>204</sup>) e de uma instituição para dar continuidade às atividades do MAE<sup>205</sup>, relativas à comercialização de energia elétrica no sistema interligado (a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE<sup>206</sup>).

O método de comercialização de energia também sofreu alterações, com a instituição de dois ambientes para celebração de contratos de compra e venda de energia: o Ambiente de Contratação Regulada (ACR<sup>207</sup>), do qual participam agentes de geração e de distribuição de energia elétrica, e o Ambiente de Contratação Livre (ACL<sup>208</sup>), do qual participam agentes de geração,

---

<sup>202</sup> O Relatório apresentado pelo Comitê de Revitalização do Modelo do Setor Elétrico está disponível em: <[http://www.agg.ufba.br/gce\\_rel3.pdf](http://www.agg.ufba.br/gce_rel3.pdf)> (último acesso em 27/04/2010).

<sup>203</sup> A EPE tem por finalidade prestar serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético, tais como energia elétrica, petróleo e gás natural e seus derivados, carvão mineral, fontes energéticas renováveis e eficiência energética, dentre outras.

<sup>204</sup> Ao CMSE compete acompanhar o desenvolvimento das atividades de geração, transmissão, distribuição, comercialização, importação e exportação de energia elétrica, gás natural e petróleo e seus derivados; avaliar as condições de abastecimento e de atendimento, relativamente às atividades referidas no inciso I deste artigo, em horizontes pré-determinados; e realizar periodicamente análise integrada de segurança de abastecimento e atendimento ao mercado de energia elétrica, de gás natural e petróleo e seus derivados.

<sup>205</sup> MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica.

<sup>206</sup> A CCEE é uma associação civil de direito privado, sem fins lucrativos, que tem por finalidade a viabilização da comercialização de energia elétrica no SIN, realizada no ACR, no ACL ou no Mercado de Curto Prazo. Conforme determina a Convenção de Comercialização, homologada pela Resolução ANEEL nº 109 de 26 de outubro de 2004, a CCEE é responsável pela especificação, orientação e determinação dos aspectos referentes à adequação do Sistema de Medição de Faturamento (SMF), e pela implantação, operação e manutenção do SCDE - Sistema de Coleta de Dados de Energia, de modo a viabilizar a coleta dos dados de energia elétrica para uso no Sistema de Contabilização e Liquidação - SCL, visando garantir a exatidão das grandezas apuradas, bem como o cumprimento dos prazos exigidos.

<sup>207</sup> O ACR é aquele ambiente em que as operações de compra e venda para as concessionárias de distribuição por meio de licitação na modalidade leilão, tanto para empreendimentos existentes quanto para novos empreendimentos e, recentemente, também para novas fontes alternativas. A contratação em ACR é formalizada através de contratos bilaterais regulados, celebrados entre agentes vendedores (comercializadores, geradores, produtores independentes ou autoprodutores) e compradores (distribuidores) que participam dos leilões. Regulamentação prevista na Lei nº. 10.848/04.

<sup>208</sup> O ACL é aquele ambiente em que se estabelece a livre negociação entre os geradores, comercializadores, consumidores livres, importadores e exportadores de energia, sendo a compra e venda de energia pactuada por meio de contratos bilaterais livremente negociados, e,

comercialização, importadores e exportadores de energia, além dos consumidores livres.

Diante desse histórico é possível observar que a estrutura do setor elétrico no Brasil não é mais a mesma e que o funcionamento do sistema está mais sofisticado e com mais ferramentas para a promoção dos objetivos governamentais. Mas essa atuação regulatória do Estado não é suficiente para a manutenção de um ambiente efetivador do preceito constitucional de livre concorrência, de modo que surge a atividade de preservação da concorrência num contexto de mercado e de punição dos atos anticoncorrenciais, a ser estudada a seguir sob a ótica da interação entre a ANEEL e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

### 3. ANEEL E SBDC: INTERAÇÃO PARA GARANTIR A CONCORRÊNCIA NO SETOR DE ENERGIA ELÉTRICA

*"atos [...] que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)".*

Assim, para que um ato de concentração que envolva empresa do setor de energia elétrica seja validado, ele deve ser aprovado tanto pela ANEEL, no aspecto técnico, quanto pelo CADE, no aspecto concorrencial, e eventual reprovação em uma das duas autarquias resulta no veto do ato de concentração.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a relação do CADE com a ANEEL é de interação, interdisciplinaridade e complementaridade<sup>209</sup>, conforme já advertia o ex-Conselheiro Celso Campilongo. Não há exclusão de competência do CADE para tutelar a concorrência nos mercados regulados<sup>210</sup>, caminhando-se,

---

portanto, não sujeitos a estritos comandos regulatórios. Os contratos de ACL correspondem atualmente a aproximadamente 25% do total de energia comercializada no país. Vide Lei nº. 10.848/04.

<sup>209</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da Concorrência*. Salvador: Podvim, 2008. p. 390. Esta posição ainda é controvertida na doutrina.

<sup>210</sup> A discussão a respeito da tutela da concorrência no setor bancário é ainda mais intensa. Para maiores detalhes, recomenda-se: LEOPOLDINO, João Bosco. *Regulação e concorrência*.



sim, para o “estabelecimento de competências concorrentes, marcadas por alto grau de cooperação e interação”<sup>211</sup>.

## 4. CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE ENERGIA TERMELÉTRICA

Uma vez que a regulação e a concorrência trabalham juntas no mercado de energia elétrica, convém então analisar mais detalhadamente este setor de mercado. Para tanto, primeiramente analisar-se-á a indústria da energia elétrica, com foco na matriz energética brasileira. Em seguida, direcionando o artigo para a discussão cerne, estudaremos a chamada “questão Petrobrás”, verificando os potenciais problemas concorrenciais gerados pelos seus crescentes investimentos na geração de energia termelétrica. Finalmente, avaliaremos, concretamente, a probabilidade da adoção de práticas abusivas por esta empresa no mercado nacional de geração de energia termelétrica.

### 4.1. A matriz energética brasileira

A indústria de energia elétrica realiza quatro funções básicas, que são divididas pela doutrina<sup>212</sup> e pela jurisprudência do CADE<sup>213</sup> em geração<sup>214</sup>, transmissão<sup>215</sup>, distribuição<sup>216</sup> e comercialização<sup>217</sup>. O escopo deste artigo abarca

---

Escritório de Direitos Autorais da Biblioteca Nacional, disponível em: <[http://www.jbleopoldino.com.br/pdf/CONCORRENCIA\\_E\\_REGULACAO.pdf](http://www.jbleopoldino.com.br/pdf/CONCORRENCIA_E_REGULACAO.pdf)> (último acesso em 28/04/2010).

<sup>211</sup> Ato de Concentração submetido ao CADE: 08012.004550/1999-11.

<sup>212</sup> VISCUSI, W. Kip. HARRINGTON JR, Joseph E. VERNON, John M. **Economics of regulation and antitrust**. London: MIT Press, 2005. 4edition. p. 453. Apesar dessa divisão em quatro etapas adotada também adotada na jurisprudência do CADE, alguns doutrinadores sustentam que a função elétrica se desdobra em apenas três estágios principais: geração e produção; transporte que abrange a transformação; e distribuição. Vide ALVARES, Walter Tolentino. *Curso de Direito da Energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 143.

<sup>213</sup> A presente definição de quatro segmentos para a indústria da energia elétrica está apoiada em vários processos analisados pela SEAE, tais como nos Atos de Concentração submetidos ao CADE: 08012.002559/2000-55; 08012.006066/2003-37; 08012.007591/2003-70; 08012.000089/2006 e 08012.002569/2006-86.

<sup>214</sup> A geração de energia elétrica é o resultado da transformação de fontes primárias, renováveis ou não renováveis, por intermédio do processamento, em usinas de geração, e este setor é submetido à livre concorrência no Brasil. BAHIENSE, Daniella Azeredo. *Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro e Descentralização de suas Atividades de Regulação. Projeto de Dissertação*. Salvador: UFBA/CME, 1999. Para maiores informações, recomenda-se a pesquisa no Banco de Informações de Geração (BIC), disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=15&idPerfil=2>> (último acesso em 27/04/2010).

<sup>215</sup> A transmissão consiste no envio de energia elétrica de alta tensão do local de geração até estações de rebaixamento de tensão, compondo-se de redes de transmissão, subtransmissão, distribuição e linhas de interligação. Esta tensão utilizada na transmissão precisa ser alta para minimizar perdas no trajeto da transmissão, mas para a entrega da energia aos consumidores finais é necessário que a tensão seja rebaixada a níveis menores, o que é feito por estações de

apenas o estudo da geração, razão pela qual as demais funções elétricas não serão ora analisadas.

De acordo com o Banco de Informações de Geração (BIG), o Brasil possui um total 2.219 empreendimentos em operação, que correspondem a uma capacidade instalada de 115.995.738 kW de potência<sup>218</sup>. Essa matriz energética brasileira é dividida em quatro grandes fontes: hidrelétrica, termelétrica (que engloba os insumos gás, petróleo, biomassa, nuclear e carvão mineral), eólica e importação.

Uma usina hidrelétrica ou central hidroelétrica é o complexo arquitetônico que tem por finalidade produzir energia elétrica pelo aproveitamento do potencial hidráulico existente em um rio. Uma termelétrica, por sua vez, é a central que utiliza um ciclo termodinâmico para geração de energia elétrica, que pode ter como insumos gás, petróleo, biomassa<sup>219</sup>, compostos nucleares e carvão mineral. Já a geração eólica utiliza a força dos ventos para acionar uma usina elétrica. Por fim, tem-se a importação de energia elétrica proveniente de usinas geradoras instaladas em outros países, que também integra a matriz geradora brasileira.

Divididas nessas quatro grandes fontes, tem-se que do total de 2.219 usinas em operação 847 são hidrelétricas, 1329 são termelétricas abastecidas por fontes diversas e 43 são eólicas. A porcentagem gerada por

---

rebaixamento. É, pois, um monopólio natural, em função de requerer intensivo investimento de capital, com elevados custos irreversíveis, o que inviabiliza economicamente a duplicação da rede.

<sup>216</sup> A *distribuição*, como terceiro estágio da função elétrica, consiste em veicular a energia entre as estações de rebaixamento de tensão e os consumidores finais. O mercado consumidor relaciona-se, portanto, diretamente ao sistema de distribuição, que se divide em residencial, industrial, comercial, rural, setor público, dentre outros. Tem-se que a distribuição, assim como a transmissão, em virtude de suas especificidades técnicas, de seus custos fixos elevados e marginais mínimos, é atividade tipicamente caracterizada como monopólio natural, o que torna necessária a existência de agente regulador. Para maiores informações, recomenda-se a pesquisa no campo "mercado de distribuição", no site da ANEEL, disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=48&idPerfil=2>> (último acesso em 27/04/2010).

<sup>217</sup> A *comercialização* consiste na intermediação financeira das operações de compra e venda de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional (SIN), que se dá mediante a contratação regulada ou livre, nos termos da Lei n. 10.848/04 e do Decreto n. 5.163/04. Assim, a comercialização, semelhantemente à geração de energia, é segmento competitivo, ao contrário da transmissão e distribuição que se caracterizam como monopólios naturais. Recomenda-se ROLIM, Maria João Pereira. *Direito Econômico da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. p. 110. Para maiores informações, recomenda-se a pesquisa no site da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), disponível em: <<http://www.ccee.org.br>> (último acesso em 27/04/2010).

<sup>218</sup> Essa capacidade instalada total inclui a participação das importações. Site da ANEEL. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/OperacaoCapacidadeBrasil.asp>> (último acesso em 27/04/2010).

<sup>219</sup> Para efeitos de geração de energia térmica a biomassa, utiliza-se bagaço de cana, licor negro, madeira, biogás e casca de arroz.

cada um desses segmentos, por sua vez, é de 68,09% pelas hidrelétricas, 24,21% pelas termelétricas, 0,66% pelas eólicas e 7,04% pelas importações<sup>220</sup>.

Mas o planejamento da expansão do setor elétrico produzido pela EPE<sup>221</sup> prevê a diversificação da matriz da energia elétrica, historicamente concentrada por meio da fonte hidráulica. Há poucos anos as hidrelétricas representavam cerca de 90%<sup>222</sup> da capacidade instalada no país, em 2008 essa posição recuou para 74% e em 2010 já atingiu o nível 68%. Esse fenômeno foi resultado da construção de usinas baseadas em outras fontes (como as termelétricas movidas a gás natural e a biomassa) em maior ritmo do aquele verificado nas hidrelétricas, alavancado pela abertura do mercado à competição, pela entrada dos capitais privados, pela revisão do papel do Estado quanto à regulação, pela regulamentação, pela fiscalização do setor energético e pelos incentivos governamentais, como, por exemplo, instituídos no Programa Prioritário de Termelétricas, implementado pelo Decreto n. 3.371/00.

Diante desse novo contexto, investidores atentos que observaram a existência de oportunidade promissora de negócio investiram fortemente na geração de energia, especialmente termelétrica, e este é o caso de um investidor em especial, a Petrobrás, que vem suscitando discussões acerca dos possíveis impactos anticoncorrenciais gerados pelos seus investimentos no setor.

## 4.2. A “questão Petrobrás”

Atuar de forma integrada na cadeia de produção e de comercialização de energia elétrica, visando a posicionar-se como uma companhia de energia e a consolidar sua posição no mercado doméstico, é objetivo estratégico da Petrobrás<sup>223</sup>.

A Petrobrás é uma sociedade anônima de capital aberto, que atua de forma integrada nos segmentos da indústria de óleo, gás e energia, com atividades de exploração e produção, refino, comercialização, transporte e petroquímica, distribuição de derivados, gás natural, biocombustíveis e energia elétrica.

---

<sup>220</sup> Site da ANEEL. Disponível em:

<<http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/OperacaoCapacidadeBrasil.asp>> (último acesso em 27/04/2010).

<sup>221</sup> EPE - Empresa de Pesquisa Energética.

<sup>222</sup> Atlas da energia elétrica no Brasil. 3ª Ed. Brasília: ANEEL, 2008. p. 34.

<sup>223</sup> Site da Petrobrás. Disponível em:

<<http://petrobrasri.foinvest.com.br/modulos/doc.asp?arquivo=00951010.WAN&doc=ian490.doc&language=ptb>> (último acesso em 21/07/08).

Constitui, em verdade, o “Sistema Petrobrás”, que compreende as sociedades por ela controladas direta ou indiretamente e também aquelas a ela coligadas<sup>224</sup>. Criada em 1953, ela é hoje a sexta maior companhia de petróleo do mundo com base no valor de mercado, segundo o ranking da consultoria *PFC Energy*<sup>225</sup>. O Sistema Petrobrás tem consolidado sua posição no mercado como uma verdadeira empresa de energia. Possui atividade central no ramo de petróleo e gás natural, mas vem investindo fortemente em biocombustíveis, fontes renováveis de energia e energia elétrica, nos segmentos eólico, hidrelétrico e termelétrico<sup>226</sup>.

Esse direcionamento estratégico é evidenciado ao grande público pelas informações contidas em sua página institucional na Internet, na área “Nossos negócios – energia elétrica”<sup>227</sup>. Ademais, dados do Relatório de Informações Gerenciais da ANEEL de março de 2010 mostram a Petrobrás como o 8º agente de maior capacidade instalada no país, com 5.291.067 kW de potência<sup>228</sup>. Ao público mais especializado, tal evidência é dada pelo movimento crescente de apresentação de atos de concentração ao CADE envolvendo a aquisição ou a participação da Petrobrás em empresas termelétricas, especialmente naquelas a gás natural e a biomassa.

<sup>224</sup> O Sistema Petrobrás é constituído das seguintes empresas principais:

A Petrobras Distribuidora S/A (BR) atua na distribuição e comercialização em todo o território nacional de óleo diesel, gasolina, óleo combustível, querosene de aviação, lubrificantes e outros produtos derivados de petróleo, gás natural e álcool combustível.

A Petrobrás Energia Participaciones S.A. atua na produção de óleo e gás, refino, marketing e transporte, petroquímica, geração, transmissão e distribuição de energia elétrica na Argentina, Brasil, Venezuela, Bolívia, Peru e Equador.

A Petrobrás Química S/A (PETROQUISA) tem por objeto a participação em sociedades que se dediquem à fabricação, ao comércio, à distribuição, ao transporte, à importação e à exportação de produtos das indústrias químicas e petroquímicas.

A Petrobrás Gás S/A (GASPETRO) funciona como holding para investimentos no transporte de gás natural, além de deter participações minoritárias em projetos de geração de energia e cabos de fibra óptica.

A Petrobras Transporte S/A (TRANSPETRO) tem como finalidade construir e operar a rede de transportes. A Downstream Participações S.A. tem como principal objetivo social servir como uma holding para os postos de gasolina adquiridos na troca de ativos.

A Petrobrás International Finance Company (PIFCo) tem o objetivo de facilitar a importação de óleo e produtos derivados de petróleo.

<sup>225</sup> Relatório Anual 2007 da Petrobrás. Disponível em: <[http://www2.petrobras.com.br/ri/port/ConhecaPetrobras/RelatorioAnual/pdf/RelatorioAnual\\_2007.pdf](http://www2.petrobras.com.br/ri/port/ConhecaPetrobras/RelatorioAnual/pdf/RelatorioAnual_2007.pdf)> (último acesso em 30/07/2008).

<sup>226</sup> Site da Petrobrás. Disponível em: <[http://www.petrobras.com/ptcm/appmanager/ptcm/dptcm?\\_nfpb=true&\\_pageLabel=petr\\_com\\_ar\\_ea\\_detalhe&idConteudoPrincipal=area\\_detalhe\\_00005](http://www.petrobras.com/ptcm/appmanager/ptcm/dptcm?_nfpb=true&_pageLabel=petr_com_ar_ea_detalhe&idConteudoPrincipal=area_detalhe_00005)> (último acesso em 30/07/2008).

<sup>227</sup> Site da Petrobrás. Disponível em: <<http://www2.petrobras.com.br/portal/frame.asp?pagina=/portal/search.asp>> (último acesso em 30/07/2008).

<sup>228</sup> Relatório de Informações Gerenciais disponível no site da ANEEL, em: <[http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/informacoesGerenciais\\_marco-2010.pdf](http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/informacoesGerenciais_marco-2010.pdf)> (último acesso em 27/04/2010).

Conforme supramencionado, existem atualmente 1329 termelétricas no Brasil, abastecidas por fontes diversas, que representam 24,21% da capacidade instalada total. Essa porcentagem é dividida por insumo, de maneira que, do total da capacidade brasileira, 10,47% é de energia termelétrica a gás, 5,17% a petróleo, 5,52% a biomassa, 1,73% nuclear e 1,32% a carvão mineral<sup>229</sup>.

As termelétricas a gás natural<sup>230</sup>, especialmente, têm sido de grande interesse da Petrobrás, uma vez que, sendo a fornecedora do gás para as usinas, alcança no mínimo um triplo benefício com a participação acionária (seja esta participação total, majoritária ou minoritária): fortalece o vínculo entre as empresas que antes era apenas de fornecimento de insumo de gás e agora será de relação societária; participa dos lucros sociais; e ainda mostra-se como um *player* atuante no mercado de geração de energia termelétrica. Essa verticalização gera discussões acerca de seus possíveis efeitos anticoncorrenciais.

Isso porque freqüentes são as situações em que firmas verticalizadas controlam a oferta de bens e serviços indispensáveis à sobrevivência de outras empresas. Só que, ao contrário do que ocorre em outras cadeias produtivas, onde sempre existe certo grau de interdependência entre produtores e consumidores de insumos, as empresas que dependem de um recurso essencial numa indústria de rede (como é o caso da Petrobrás, com o gás natural) não dispõem da opção de mudar de fornecedor. Esta situação confere às empresas verticalizadas daquele setor os incentivos e os instrumentos para o exercício de pelo menos dois tipos de condutas abusivas<sup>231</sup>.

O primeiro é o de usar o recurso essencial como expediente para extrair rendas de clientes cativos daquele recurso<sup>232</sup>. Os casos típicos são a cobrança de tarifas diferenciadas e a prestação de serviços de qualidade inferior àqueles clientes que, por exemplo, dependam de uma ferrovia, de um terminal portuário ou de um gasoduto, e não disponham de outras alternativas para distribuir seus produtos.

O segundo tipo de conduta abusiva ocorre se aquele usuário do recurso essencial for, além de cliente, competidor da firma verticalizada em outros segmentos da indústria. Para a firma detentora do recurso essencial ter-se-ia um atrativo adicional, que é o de eventualmente converter essa situação em

---

<sup>229</sup> Site da ANEEL. Disponível em:

<<http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/OperacaoCapacidadeBrasil.asp>> (último acesso em 27/04/2010).

<sup>230</sup> *Gás natural* é o nome dado à mistura de hidrocarbonetos e impurezas, composta basicamente por metano, etano, propano, butano e outros. Usinas termelétricas a gás são denominadas usinas convencionais juntamente com aquelas que se utilizam da queima de combustíveis como petróleo e carvão mineral. Embora seja uma fonte não-renovável, a composição do gás natural faz com que seja o menos poluente dentre as usinas convencionais,

<sup>231</sup> ARAÚJO JR, José Tavares de. *Op. cit.* p. 3-4.

<sup>232</sup> *Idem.*

uma estratégia para eliminar o competidor<sup>233</sup>. Neste caso, dependendo das condições de concorrência no mercado final, pode interessar à firma verticalizada elevar a extração de rendas até o ponto em que o competidor seja obrigado a sair do mercado. Após haver alcançado tal objetivo, a firma verticalizada disporá de melhores condições para aumentar simultaneamente suas margens de lucro e parcelas de vendas no mercado final de bens e serviços<sup>234</sup>.

A discussão acerca da viabilidade de imposição vertical desses tipos de condutas pela Petrobrás, além da probabilidade do exercício do seu poder de mercado em linha horizontal faz necessária uma análise mais detalhada de alguns dos atos de concentração que vêm sendo submetidos ao CADE.

### 4.3. Alguns atos de concentração da Petrobrás em geração de energia termelétrica

Dentre todos os investimentos da Petrobrás em termelétricas a gás recentemente levados para aprovação do CADE, pode-se citar, por exemplo, a construção de quatro usinas no Rio de Janeiro, duas no Rio Grande do Sul, uma em Mato Grosso do Sul, uma no Rio Grande do Norte, uma em Sergipe, uma em Minas Gerais, duas em São Paulo, duas na Bahia e uma em Goiânia<sup>235</sup>.

Além desses, no que se refere às termelétricas a biomassa, os investimentos da Petrobrás ainda são pequenos se comparados àqueles em usinas a gás natural, mas apresentam o fator estimulante de ser energia renovável e de ter sua maior aplicação na cogeração industrial, sem considerar o

---

<sup>233</sup> *Idem*.

<sup>234</sup> ARAÚJO JR, José Tavares de. *Op. cit.* p. 3-4.

<sup>235</sup> Atos de concentração recentemente aprovados pelo CADE, relacionados a investimentos da Petrobrás em termelétricas a gás: (i) formação de consórcio entre ECE, SFE e Petrobrás para construção de termelétrica a gás no Rio de Janeiro; (ii) parceria com a Texaco e El Paso para a construção de usina termelétrica no Rio Grande do Sul; (iii) constituição de usina Termo Gaúcha no Rio Grande do Sul pela Petrobrás, Repsol, Tpirange e CEEE; (iv) parceria com a Enersul para construção de usina termelétrica em Mato Grosso do Sul; (v) parceria com a Guarani para construção de termelétrica no Rio Grande do Norte; (vi) parceria entre Petrobrás e Energipe para construção de termelétrica em Sergipe; (vii) parceria com a Fiatavia para construção de termelétrica em Minas Gerais; (viii) constituição da termelétrica CCBS-RPBC em São Paulo, por parceria entre Petrobrás, Marubeni e SithEnergies; (ix) parceria com a EMAE, para construção de termelétrica em São Paulo; (x) parceria com a EDF Internacional para construção de termelétrica no norte fluminense; (xi) parceria com a NRG para a construção de termelétrica Termorio; (xii) parceria com a El Paso para a construção de termelétrica de Macaé-Marchant no Rio de Janeiro; (xiii) parceria entre BR, Ellocin Brasil Participações e Consultoria Empresarial Ltda., Genrent do Brasil Ltda., Crisga Consultoria Engenharia Elétrica e Participações Ltda para construção de termelétrica de Camaçari Pólo de Apoio I; (xiv) parceria entre BR e Benco Energia Ltda. para construção de termelétrica Goiânia II; (xv) parceria entre a BR e Motto do Conselho Participações Ltda. para construção de termelétrica Camaçari Muricy I; etc.

forte incentivo governamental<sup>236</sup>. Neste contexto destaca-se um recente investimento da Petrobrás em termelétrica a biomassa, que foi o caso, por exemplo, da constituição da Bioenergética Britarumã S.A. para cogeração de energia elétrica a partir de insumo de cana de açúcar.

A submissão desses atos de concentração ao CADE é realizada por exigência do § 3º do art. 54 da Lei n. 8.884/94, por ser “ato em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00” (sendo que, quase sempre, esse participante é a Petrobrás). A análise desses atos de concentração é feita com base no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (Guia de Análise)<sup>237</sup>, aprovado pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001.

Para tanto, procede-se a cinco grandes etapas: (I) *definição de mercado relevante*; (II) *determinação da parcela de mercado sob controle das empresas requerentes*, de modo que os atos que não gerarem o controle de uma parcela de mercado suficientemente alta obterão parecer favorável das Secretarias, sendo dispensável a continuação da análise, e os demais sejam objeto de análise nas etapas subseqüentes; (III) *exame da probabilidade de exercício de poder de mercado*, porque quando não for provável o seu exercício, a concentração receberá parecer favorável, mas quando for provável a concentração será objeto de investigação na etapa seguinte; (IV) *exame das eficiências econômicas gerados pelo ato*; e (V) *avaliação da relação entre custos e benefícios derivados da concentração e emissão de parecer final*, de modo que, quando as eficiências forem iguais ou superiores aos custos (efeito líquido não-negativo), as Secretarias emitirão parecer favorável à concentração. Quando as eficiências forem inferiores aos custos, a concentração será proibida ou terá condicionada a sua aprovação à adoção de medidas consideradas necessárias. Assim, o critério geral de aprovação de um ato de concentração pelo CADE é “o efeito líquido não-negativo sobre o bem-estar econômico”<sup>238</sup>, na medida em que se, por um lado, o exercício de poder de mercado reduz o bem-estar econômico, os eventuais incrementos de produtividade, melhorias na qualidade, maior

---

<sup>236</sup> A biomassa vem sendo aproveitada energeticamente através do uso de etanol, bagaço de cana, carvão vegetal, lenha e outros, e trata-se de uma fonte de energia renovável quando manejada adequadamente. Apresenta balanço zero de emissões, pois não emite óxidos de nitrogênio e de enxofre, e o CO2 emitido na queima é absorvido na fotossíntese, o que demonstra vantagens ambientais inexistentes em qualquer combustível fóssil. Assim, trata de fonte de energia imprescindível em projeção a médio e longo prazo, alinhada à estratégia da Petrobrás de ser reconhecida como uma “empresa de energia”.

<sup>237</sup> Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, disponível em: < [http://www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/notas\\_imprensa/2000-1/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-economica-horizontal-2000](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/notas_imprensa/2000-1/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-economica-horizontal-2000) > (último acesso em 27/04/2010)..

<sup>238</sup> Critério geral estabelecido no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, disponível em: < [http://www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/notas\\_imprensa/2000-1/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-economica-horizontal-2000](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/notas_imprensa/2000-1/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-economica-horizontal-2000) > (último acesso em 27/04/2010).

diversidade de produtos, entre outros possíveis efeitos da concentração, representam um aumento do bem-estar econômico<sup>239</sup>.

Diante dessa metodologia seguida pelo CADE, portanto, analisar-se-á a probabilidade de ocorrência de efeitos anticoncorrenciais gerados pelos investimentos da Petrobrás no mercado de geração de energia termelétrica.

### 4.3.1. Da definição do mercado relevante

A Lei n. 8.884/94 introduziu na legislação brasileira a expressão “mercado relevante”, cujo entendimento é imperioso para a determinação de qualquer hipótese de análise da concorrência. Isso porque, para que se analise qualquer menção à restrição da concorrência, domínio de mercado ou abuso de posição dominante, deve-se entender de qual concorrência está-se tratando<sup>240</sup>, possível a partir da definição do “mercado relevante” no caso concreto.

Sérgio Varella Bruna explica que o termo mercado relevante constitui um anglicismo, decorrente da tradução literal da palavra *relevant*, cujo sentido, ao contrário de relevante, não é de importante (ou aquele que tem relevo), mas sim o de pertinente ou correspondente. Assim, mais do que importante, o conceito de mercado relevante denota algo como mercado relativo, ou mercado pertinente<sup>241</sup>.

Paula Forgioni, por sua vez, define mercado relevante como “aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”<sup>242</sup>. Finalmente, na esfera prática do CADE, tem-se a definição de mercado relevante no Guia de Análise, como “o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores, que efetivamente limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa resultante da operação”<sup>243</sup>.

Calixto Salomão Filho acrescenta essas definições ao afirmar que ela deve levar em conta dois elementos distintos: os substitutos do lado da demanda e do lado da oferta. Segundo este autor, isso significa dizer que, para determinar qual o mercado em que se encontra um agente econômico fabricando o produto “X”, é necessário verificar (a) que produtos o consumidor vê como substitutos de “X” e (b) quais novos produtores podem razoavelmente entrar no

<sup>239</sup> Análise prevista no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal.

<sup>240</sup> FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 231.

<sup>241</sup> BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 80.

<sup>242</sup> FORGIONI, Paula A. *Op. cit.* p. 231.

<sup>243</sup> Guia de Análise. *Op. cit.* para. 29.



mercado de “X” para produzi-lo <sup>244</sup>. Para tanto, utilizar-se-ia o método dos aumentos hipotéticos de preços, quase unanimemente aceito (como o teste do “monopolista hipotético”<sup>245</sup> indicado no Guia de Análise), em que se pode verificar se o consumidor substitui o produto “X” diante de um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços. Assim, uma correta definição do mercado deve levar em conta necessariamente três dimensões: a dimensão dos produtos, a geográfica e a temporal<sup>246</sup>, sendo que esta última já está incluída na discussão das duas primeiras dimensões.

O Guia de Análise determina esse viés duplo de análise, que será seguido neste estudo, dispondo que o mercado relevante é determinado em termos dos produtos e/ou serviços que o compõem, isto é, dimensão do produto (3.3.1.1.), e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável, qual seja, a dimensão geográfica<sup>247</sup> (3.3.1.2.).

#### 4.3.1.1. Da dimensão do produto

O mercado relevante na dimensão do produto/ou material é definido por Paula Forgioni como “aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerando o bem ou serviço que oferece”<sup>248</sup>. Neste sentido também caminha Luciano Sotero Santiago, para quem é possível obter tal definição a partir da resposta à seguinte questão: “quem são os concorrentes?”<sup>249</sup>. A resposta, para este autor, estaria na definição de todos os

---

<sup>244</sup> SALOMÃO FILHO. *Direito Concorrencial – As estruturas*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 108-109.

<sup>245</sup> Explicação do teste do monopolista hipotético disposto no Guia de Análise, para 30. “Procedimento. O teste do “monopolista hipotético” consiste em se considerar, para um conjunto de produtos e área específicos, começando com os bens produzidos e vendidos pelas empresas participantes da operação, e com a extensão territorial em que estas empresas atuam, qual seria o resultado final de um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento dos preços para um suposto monopolista destes bens nesta área. Se o resultado for tal que o suposto monopolista não considere o aumento de preços rentável, então a SEAE e a SDE acrescentarão à definição original de mercado relevante o produto que for o mais próximo substituto do produto da nova empresa criada e a região de onde provém a produção que for a melhor substituta da produção da empresa em questão. Esse exercício deve ser repetido sucessivamente até que seja identificado um grupo de produtos e um conjunto de localidades para os quais seja economicamente interessante, para um suposto monopolista, impor um “pequeno porém significativo e não transitório aumento” dos preços. O primeiro grupo de produtos e localidades identificado segundo este procedimento será o menor grupo de produtos e localidades necessário para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento dos preços, sendo este o mercado relevante delimitado. Em outras palavras, “o mercado relevante se constituirá do menor espaço econômico no qual seja factível a uma empresa, atuando de forma isolada, ou a um grupo de empresas, agindo de forma coordenada, exercer o poder de mercado.””

<sup>246</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 108.

<sup>247</sup> Guia de Análise. *Op. cit.* para. 29.

<sup>248</sup> FORGIONI, Paula A. *Op. cit.* p. 241.

<sup>249</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. *Op. cit.* p. 112-115.

produtores (ou fornecedores de serviços) de bens substitutos próximos que ameacem aquele empresário<sup>250</sup>.

Quando da identificação desse mercado relevante, o que se vê, comumente, como estratégia de defesa de quem está sendo acusado de infração contra a ordem econômica ou na análise de um ato de concentração complexo, é a tentativa de ampliação dos limites do mercado relevante material, de forma a descaracterizar o seu poder econômico de repercutir nas condições de concorrência do mercado<sup>251</sup>. Esta também tem sido a estratégia adotada pela Petrobrás. Interessada no setor, esta empresa se manifesta no sentido de que o mercado deveria ser definido como o de geração de energia elétrica, sem distinção de fontes geradoras, no âmbito nacional, isso porque, quanto mais amplo o mercado relevante, maior a sua chance de aprovar do ato de concentração.

Entretanto, o posicionamento da SEAE quanto à definição do mercado relevante concluiu pela existência de três segmentos distintos no setor de geração de energia elétrica: (i) geração de energia hidrelétrica, (ii) geração de energia termelétrica, e (iii) geração de energia eólica, o que modifica substancialmente as bases da análise concorrencial no mercado relevante.

A cadeia da energia elétrica apresenta quatro funções (geração, transmissão, distribuição e comercialização), que são distintas por suas próprias características, não existindo a possibilidade de substituição entre si, nem pelo lado da demanda, nem pelo lado da oferta. Mas quando se trata especificamente da geração, a SEAE se posiciona pela possibilidade de sua substituição tanto pelo lado da demanda quanto pelo lado da oferta - o que não contradiz com a premissa acima por ser uma substituíbilidade interna à própria matriz de geração de energia, e não entre as quatro funções da indústria elétrica.

Para alcançar tal conclusão sobre a substituíbilidade entre as diversas fontes de geração, a SEAE oficiou empresas concorrentes no setor, clientes e fornecedores<sup>252</sup>, e com base em tais respostas, enumerou as restrições existentes entre as três fontes geradoras de energia elétrica (hidrelétrica, termelétrica e eólica) – não considerada a importação por não ser espécie geradora nacional.

---

<sup>250</sup> Ato de concentração submetido ao CADE: 08012.005799/2001-92.

<sup>251</sup> Esta estratégia de ampliação dos limites do mercado relevante material foi utilizada quando da aquisição da empresa Mate-Leão pela Coca-Cola, em que se argumentou que não haveria concentração a ponto de prejudicar a concorrência, já que o mercado em questão era o de bebidas não-alcoólicas (refrigerantes, sucos, isotônicos, águas de coco, águas e sucos em pó). Já a rival Pepsico contra-argumentou que o mercado ficaria bastante concentrado, já que o mercado em apreço era o de chás prontos para beber, que constitui nicho negócio diferenciado no qual poucas empresas atuantes podem exercer o poder de mercado.

<sup>252</sup> Nota Técnica da SEAE referente ao Ato de concentração submetido ao CADE: 08012.002534/2007-28.

As restrições à competição existentes entre as usinas hidrelétricas e termelétricas seriam as seguintes: (a) as hidrelétricas possuem maior capacidade geradora de energia (com exceção das Pequenas Centrais Hidrelétricas – PCHs), atingindo a faixa de dezena de milhares de megawatts produzidos. Enquanto isso as termelétricas geram de dezenas (a biomassa) a milhares (nucleares) de megawatts. Portanto, um fator restritivo ao uso de um ou outro tipo é a quantidade de energia produzida; (b) as usinas hidrelétricas são contratadas por quantidade de energia colocada à disposição do consumidor, enquanto as termelétricas por disponibilidade para a produção; (c) o tempo de construção de uma usina hidrelétrica é maior do que o de uma usina termelétrica, e dessa forma, podem as termelétricas ser contratadas para fornecer energia elétrica com uma menor antecedência; (d) o gasto com investimento na planta é maior em hidrelétricas do que em termelétricas, sendo que o gasto com combustível é inversamente oposto durante a operação; (e) as usinas hidrelétricas necessitam de uma área considerável para os reservatórios, enquanto as termelétricas podem ser construídas em pequenas áreas; (f) as usinas termelétricas têm a desvantagem de emitir gases que provocam o efeito estufa, por ser combustível fóssil, enquanto as hidrelétricas são fonte “limpa” de energia; (g) as usinas hidrelétricas são mais susceptíveis ao clima, pois dependem diretamente de chuva para a geração de energia.

Já as restrições existentes entre as hidrelétricas e as eólicas seriam estas: (a) o custo é muito elevado para a implantação de uma usina eólica, tendo em vista a necessidade de importação de tecnologias, e adicionado à dependência das condições de vento esperadas, eleva-se o custo da energia eólica; (b) o pequeno impacto ambiental causado pelas eólicas é contraposto às graves conseqüências geradas pelos alagamentos para represas e à dificuldade para a obtenção de licenças das hidrelétricas; (c) as usinas eólicas são contratadas por disponibilidade enquanto as hidrelétricas o são por quantidade produzida.

Finalmente quanto à competição entre as usinas termelétricas e eólicas, tem-se as seguintes restrições: (a) o custo da energia eólica é mais elevado do que aquele da energia térmica; (b) as usinas eólicas são ambiental e socialmente mais bem aceitas por não produzirem gases estufa, ao contrário do que ocorre com as termelétricas; (c) o fator localização é favorável às termelétricas, pois podem ser localizadas mais próximas aos locais de consumo, evitando custos com a transmissão de energia.

Com base nessas informações a SEAE concluiu que o setor de geração de energia elétrica possui esses três segmentos distintos, o que representa a adoção de um critério bem mais restritivo, do qual o CADE vem se utilizando a fim de analisar a operação no caso mais extremo.

Foi o Conselheiro Olavo Zago Chinaglia quem analisou mais detidamente essa questão<sup>253</sup>. Concordando apenas parcialmente com o parecer da SEAE, este conselheiro sustentou a inexistência de substituíbilidade pela ótica da demanda, visto que tanto as distribuidoras quanto os consumidores finais não têm liberdade de escolha quanto à fonte geradora em um ambiente regulado<sup>254</sup>. Em ACR<sup>255</sup> as distribuidoras de energia não podem escolher a matriz contratada, estando hidrelétricas e termelétricas integradas em um sistema de despacho<sup>256</sup> centralizado no SIN<sup>257</sup>. Elas também são obrigadas a contratar com todos os empreendimentos vencedores do leilão pelos preços ali definidos, sendo que esta definição depende de diretrizes do ONS<sup>258</sup>, e não delas próprias. Os consumidores conectados às distribuidoras, conseqüentemente, também não têm opção de consumo de energia elétrica quanto ao tipo de fonte geradora, o que excluiria a possibilidade de existir substituíbilidade entre as fontes geradoras pela ótica da demanda.

No que se refere à substituíbilidade do lado da oferta, concordou o referido Conselheiro com o novo posicionamento da SEAE. Afirmou que, neste âmbito, a fonte geradora é determinante não apenas para a fixação de preços, quantidades e prazos contratados, mas também para a própria forma de contratação, que diverge substancialmente em se tratando de geradoras hidrelétricas e a partir de outras fontes (em especial, termelétricas). Isso porque, segundo informações da CCEE<sup>259</sup>, existem diferenciações quanto às características das usinas termelétricas e hidrelétricas em sua forma de contratação, na medida em que as hidrelétricas possuem contratos de quantidade de energia, cujos custos decorrentes dos riscos são dos vendedores e o prazo de duração é de 30 anos (inciso I do art. 28 do Decreto n. 5.163/04), enquanto as termelétricas possuem contratos de disponibilidade de energia, cujos custos decorrentes dos riscos são dos compradores e o prazo de duração é de 15 anos de duração (inciso II do art. 28 do Decreto n. 5.163/04).

Adicionalmente, no contexto dos leilões de energia elétrica, duas situações comprovam a existência de diferenças concorrenciais entre os tipos de fontes geradoras sob a ótica da oferta. A primeira diz respeito ao momento de oferta da energia, já que, primeiramente, realiza-se a etapa “hídrica”, onde concorrem os empreendimentos hidrelétricos na modalidade de fornecimento por quantidade de energia, e apenas posteriormente é que concorrem os leilões por

---

<sup>253</sup> Nota Técnica da SEAE referente ao Ato de concentração submetido ao CADE: 08012.002534/2007-28.

<sup>254</sup> Ato de concentração submetido ao CADE: 08012.012953/2007-78.

<sup>255</sup> ACR - Ambiente de Concentração Regulada.

<sup>256</sup> O despacho é uma espécie de coordenação do sistema interligado. Pelo Sistema Interligado Nacionais (SIN) é possível adquirir energia elétrica de qualquer empresa participante em qualquer ponto do país, vez que este sistema cobriu todo o país e permitiu às diferentes regiões permutarem energia.

<sup>257</sup> SIN – Sistema Integrado Nacional.

<sup>258</sup> ONS – O Operador Nacional do Sistema Elétrico.

<sup>259</sup> CCEE - Câmara de Comercialização de Energia Elétrica.

“outras fontes”, na modalidade de fornecimento por disponibilidade do empreendimento. A segunda situação que comprova essa diferenciação tem fundamento na Portaria n. 97 de 26 de abril de 2006 do MME<sup>260</sup>, em que são definidas as características do leilão. As informações a serem prestadas por cada tipo de fonte geradora é diversa, pois para a oferta hidrelétrica há que se especificar preço de lance, enquanto que para a oferta termelétrica há que se informar a receita fixa relativa à quantidade ofertada.

Mesmo tendo o Conselheiro Chinaglia discordado quanto à análise da substituíbilidade sob a ótica da demanda, o CADE vem definindo o mercado relevante na dimensão do produto por fonte geradora<sup>261</sup>, por ser o cenário mais restritivo possível. Assim, adotar-se-á aqui também essa linha de raciocínio, considerando o mercado relevante, sob a ótica do produto, aquele de geração de energia por fonte termelétrica.

#### 4.3.1.2. Da dimensão geográfica

O Guia de Análise do CADE dispõe que o mercado relevante na sua dimensão geográfica pode ser compreendido como a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva<sup>262</sup>.

Paula A. Forgioni, por sua vez, diz que “identifica-se o mercado relevante geográfico com o espaço físico onde se desenvolvem as relações de concorrência que são consideradas”. Ele pode, então, ser compreendido como área no qual o agente econômico é capaz de aumentar os preços que pratica sem causar um dos seguintes efeitos: (i) perder um grande número de clientes, que passariam a utilizar-se de um fornecedor alternativo situado fora da mesma área, ou (ii) provocar imediatamente a inundação da área por bens de outros fornecedores que, situados fora da mesma área, produzem bens similares<sup>263</sup>.

Finalmente, segundo a didática de Luciano Sotero Santiago, a dimensão geográfica seria encontrada ao se responder a seguinte pergunta:

---

<sup>260</sup> MME – Ministério de Minas e Energia. O anexo de Sistemática para os Leilões de Energia Proveniente de Novos Empreendimentos de Geração, item 2.9, parágrafo LVII Portaria n 97, de 26 de abril de 2006, do Ministério de Minas e Energia, diz: “2.9. Durante todo o leilão o lance deverá conter as seguintes informações: a) identificação do empreendimento; b) quantidade de lotes; c) preço de lance, para a oferta hidro, ou receita fixa – RF, relativa a quantidade ofertada, para a oferta termo. (grifo nosso)”.

<sup>261</sup> Ato de concentração submetido ao CADE: 08012. 010102/2009-52 e 08012. 000427/2010-61.

<sup>262</sup> Resolução n. 15 do CADE.

<sup>263</sup> FORGIONI, Paula A. *Op. cit.* p. 239-240.

“onde estão os concorrentes?”<sup>264</sup>. Para este autor, a resposta estaria na abrangência da localização física desses concorrentes<sup>265</sup>.

O sistema elétrico brasileiro é composto por uma rede de transmissão interligada, o SIN<sup>266</sup>, que é dividido em quatro subsistemas regionais que correspondem a 98% do mercado de energia elétrica<sup>267</sup>. Os quatro subsistemas que o compõem são Sul, Sudeste/Centro-Oeste, Norte, Nordeste, e uma definição pela dimensão geográfica pode ser tanto mais restritiva quanto mais ampla, dependendo da escolha de um subsistema ou do sistema nacional, respectivamente.

Segundo a ANEEL, em posicionamento corroborado pelo Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, não há justificativas para a segmentação do mercado por subsistemas, uma vez que, no ACR<sup>268</sup>, o vendedor celebra contrato com todas as distribuidoras que demandarem energia junto ao MME<sup>269</sup> e estas celebram com todos os empreendimentos vencedores do leilão, e que no ACL<sup>270</sup> também não existiriam restrições à venda de energia entre diferentes submercados<sup>271</sup>.

Apesar da SEAE ter dado pareceres sustentando uma definição por subsistemas na dimensão geográfica do mercado relevante e do CADE ter aprovado estes pareceres<sup>272</sup>, tal definição não é pertinente para estudo a ser feito neste paper. Não se avalia aqui uma operação específica inserida em um determinado subsistema, mas sim a participação total da Petrobrás no mercado nacional de geração de energia termelétrica. Diante disso, o mercado relevante sob análise será definido como o mercado de geração de energia termelétrica (na visão mais restritiva), na dimensão do sistema nacional (para fins deste estudo).

---

<sup>264</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. *Op. cit.* p. 115.

<sup>265</sup> Ato de concentração submetido ao CADE: 08012. 005799/2001-92.

<sup>266</sup> SIN – Sistema Interligado Nacional.

<sup>267</sup> A existência de subsistemas regionais se justifica pela presença de restrições técnicas de transporte de carga existentes no SIN, dada à extensão do território nacional. Os subsistemas são conectados por grandes troncos de transmissão, através dos quais fluem blocos de energia gerados em cada subsistema, ou seja, a operação interligada dos subsistemas permite que áreas deficitárias (geração menor que a demanda) recebam energia de áreas superavitárias (geração maior que a demanda), sendo que ao longo do ano podem ocorrer inversões de fluxo para propiciar a operação otimizada. Atos de concentração submetidos ao CADE: 08012. 012953/2007-78.

<sup>268</sup> ACR- Ambiente de Contratação Regulado.

<sup>269</sup> MME – Ministério de Minas e Energia.

<sup>270</sup> ACL - Ambiente de Contratação Livre.

<sup>271</sup> Atos de concentração submetidos ao CADE: 08012. 012953/2007-78; 08012. 002533/2007-83; 08012. 007775/2007-63; e 08012.001869/2009-91.

<sup>272</sup> Ato de concentração submetido ao CADE: 08012.001869/2009-91.

### 4.3.2. Da determinação da parcela de participação de mercado da Petrobrás

Uma vez definida qual é a concorrência de que estamos tratando, qual seja, a existente no mercado nacional de geração de energia termelétrica, cumpre determinar o percentual do mercado relevante em que se tem participação da Petrobrás, uma vez que há uma aproximação quase intuitiva da parcela de mercado detida pelo agente econômico e o poder dela derivado<sup>273</sup>. O cálculo desta parcela de mercado permite identificar se a operação em análise dará ou não às empresas envolvidas o controle de uma parcela de mercado suficientemente alta para exercer poder de mercado<sup>274</sup>.

Nas palavras de Hovenkamp, “poder de mercado é o poder de aumentar os preços acima dos níveis competitivos sem perder vendas suficientes que tornem esse aumento não lucrativo”<sup>275</sup>. Por isso é que, comumente, a análise sobre a estrutura do mercado relevante se baseia no critério da parcela de mercado, na medida em que constitui um forte indício (embora não suficiente) para detectar a existência ou não de posição dominante. Assim, reina a presunção (relativa, obviamente) de que, quando um agente econômico detém parcela substancial do mercado, do anglicismo *market share*, ele possui poder econômico tal que lhe permite atuação independente e indiferente, ou seja, possui *market power*.

Esta também é a didática adotada pela Lei Antitruste brasileira, que, em princípio, considera possível ser o poder econômico de uma empresa determinado pela parcela do mercado relevante que controla. Desta feita, com base no §3º do art. 20, da Lei n. 8.884/94<sup>276</sup>, presume-se a existência de poder de mercado quando a participação de mercado supera 20%, sendo que este percentual pode ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. Neste contexto, calcular-se-á a participação de mercado da Petrobrás com base em todas as firmas que fazem parte do mercado relevante definido na etapa anterior.

---

<sup>273</sup> FORGIONI, Paula A. *Op. cit.* p. 331.

<sup>274</sup> Para. 37. Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias no 06/COGEN/SEAE/MF.

<sup>275</sup> HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust policy: the law of competition and its practice.** St. Paul: West Publishing Co., 1994. p. 79. “*Market power is the ability of a firm to increase its profits by reducing output and charging more than a competitive price for its products. (...) More appropriately, market power is the power to raise prices above competitive levels without losing so many sales that the price increase is unprofitable*” (tradução livre).

<sup>276</sup> Art. 20, § 3º da Lei 8.884/94. A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia

Dados da ANEEL apresentam a capacidade instalada total dos empreendimentos de geração termelétrica em operação no nível de 21.464.239 Kw<sup>277</sup>. Sabe-se também que as empresas do Sistema Petrobrás possuíam, até 2007, aproximadamente 5.223 Mw de capacidade instalada em empreendimentos termelétricos, mas esse total, no SIN, já se elevou para 6.736.833 Kw no ano de 2008<sup>278</sup>. Aplicando simples regra de três, conclui-se pela existência de uma parcela de 31,4% do mercado relevante detida pelas empresas do Sistema Petrobrás.

Está-se diante, portanto, de uma participação de mercado de aproximadamente 31% da Petrobrás no mercado de geração de energia termelétrica no Brasil. Nessa monta, já poderia ser presumido o poder de mercado detido pela Petrobrás, vez que seu *market share* supera em mais de 10% o nível legal. Adicione-se, neste ponto, que seria importante (apesar de não ser incluído no escopo deste artigo) considerar as participações acionárias minoritárias das empresas do Sistema Petrobrás em termelétricas, vez que estudos econômicos vêm demonstrando que a ligação entre duas empresas por participação acionária minoritária, mesmo que passiva<sup>279</sup>, pode produzir efeitos anticompetitivos, unilaterais e coordenados, indesejados na ordem econômica.

---

<sup>277</sup> Nota Técnica da SEAE referente ao Ato de concentração submetido ao CADE: 08012.002534/2007-28. Ressalte-se que o valor de capacidade instalada no mercado de termelétricas que leva em consideração a soma dos tipos de combustível, ou seja, a soma da capacidade instalada de gás, petróleo, biomassa e carvão mineral, referente apenas às usinas em operação. Essa potência é dividida nos subsistemas da seguinte maneira: Norte/Nordeste, incluindo o sistema isolado, corresponde a 6.655.355 KW, enquanto a potência instalada no Sul/Sudeste/Centro Oeste é de 15.080.152 KW.

<sup>278</sup> Site da ANEEL. Também vide Nota técnica da SEAE (acesso em 21 de julho de 2008): <http://www.cade.gov.br/ASPIIntranet/temp/t73120081003106725.pdf>.

<sup>279</sup> Questiona-se o fato de que o acionista minoritário, mesmo que passivo, tem acesso a informações sensíveis da companhia, como aquelas relativas a preço, custos e estratégias futuras. Ademais, a ligação financeira entre elas, através do lucro gerado, tende a reduzir os incentivos à competição e a incentivar condutas conjuntas para a maximização dos lucros. Assim, a empresa investidora tende a ter menos incentivo para competir contra a companhia em que investe. As participações acionárias ativas podem se dar de três maneiras: a primeira situação se dá quando a posse acionária parcial garante o direito de indicar mais de metade dos membros dos órgãos da administração (por exemplo, através das vantagens políticas detidas pelas ações preferenciais), ou quando as demais parcelas de acionistas estão dispersas entre vários investidores não coordenados, e a parcela minoritária torna-se controladora das decisões empresariais. A segunda situação de controle pelo acionista minoritário se dá quando o estatuto requer maioria qualificada para a decisão de certas questões estratégicas. O detentor de posse parcial não tem poder direto, mas pode exercer controle negativo pelo bloqueio da decisão. E a terceira situação acontece quando o acionista minoritário tem o controle conjunto das decisões da empresa, seja porque o próprio Estatuto Social determina a influência dos acionistas minoritários nas decisões da companhia; seja por acordo entre todos os sócios; ou então por acordo entre dois ou mais acionistas minoritários que, juntos, representam maioria dos direitos votantes, e decidem exercer de forma conjunta os seus direitos perante a empresa. O'BRIEN D. P., SALOP. S.C. *Competitive effects of passive minority equity interests: reply*. *Antitrust Law Journal*. Vol. 69. 2000. p.661-665



Entretanto, nem sempre um elevado percentual de mercado detido pela empresa significa existência de posição dominante, assim como sua diminuta participação pode não significar ausência de poder. Existe, portanto, a necessidade da convergência de várias outras evidências, além da parcela de mercado detida pelo agente econômico, para constatar se o poder por ele detido é apto a lhe assegurar a posição dominante. Para verificar essas outras variáveis é que a próxima etapa da análise de um ato de concentração examina a probabilidade do exercício do poder de mercado.

### 4.3.3. Exame da probabilidade do exercício de poder de mercado

Uma vez determinada a parcela de mercado detida pelo agente econômico, cumpre averiguar se a estrutura de mercado impede que uma determinada empresa, com parcela de mercado supostamente elevada, majore seus preços<sup>280</sup>. Para tanto, examina-se a ocorrência de importações e/ou a viabilidade de importar, a entrada e/ou a possibilidade de entrarem novos competidores no mercado, além do grau de efetividade da competição entre a empresa e seus rivais, indicadores da probabilidade do exercício do poder de mercado<sup>281</sup>.

O primeiro indicador (ocorrência de importações e/ou a viabilidade de importar) diz que quanto maior a participação das importações e/ou a possibilidade importar, menor será a probabilidade de que o poder de mercado seja exercido<sup>282</sup>. O segundo (entrada e/ou possibilidade de novos competidores) dispõe que o exercício do poder de mercado será considerado improvável quando a entrada for “provável”<sup>283</sup>, “tempestiva”<sup>284</sup> e “suficiente”<sup>285</sup>, sendo importante analisar as barreiras à entrada<sup>286</sup>, que quanto mais elevadas forem, diminuem as chances de entrarem outros competidores no mercado relevante. Já o terceiro indicador (grau de efetividade da competição entre a empresa e seus

---

<sup>280</sup> Para. 38. Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias no 06/COGEN/SEAE/MF.

<sup>281</sup> Guia para Análise, paras. 39-69.

<sup>282</sup> Adicionalmente, há que se considerar a possibilidade de que as importações aumentem, em quantidade e prazos razoáveis, em resposta a um “pequeno mas significativo e não transitório aumento de preços”.

<sup>283</sup> A entrada é provável quando for economicamente lucrativa a preços pré-concentração e quando estes preços puderem ser assegurados pelo possível entrante. Guia para Análise, para. 46.

<sup>284</sup> A entrada é tempestiva se realizada dentro do prazo de 2 (dois) anos. Guia para Análise, para. 47.

<sup>285</sup> A entrada é suficiente quando permitir que todas as oportunidades de venda sejam adequadamente exploradas pelos entrantes em potencial. Guia para Análise, para. 48.

<sup>286</sup> Barreiras à entrada podem ser definidas como qualquer fator em um mercado que ponha um potencial competidor eficiente em desvantagem em relação aos agentes econômicos estabelecidos. Guia para Análise, para. 52.

rivais) determina que quanto maior a rivalidade, menor é a probabilidade de exercício do poder de mercado.

No setor de energia elétrica, a probabilidade de exercício de poder de mercado era mensurada diretamente a partir da parcela do mercado relevante detida pelo agente econômico. Essa era a didática da Resolução ANEEL 278 de 19 de julho de 2000, que estabelecia limites e condições para participação dos agentes econômicos nas atividades do setor. Regulamentava o seu art. 3º que um agente econômico não poderia deter participação na capacidade instalada do sistema elétrico (i) nacional, (ii) das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste e (iii) Norte e Nordeste superiores, respectivamente, a (a) 20%, (b) 25% e (c) 35%, pois acima disso seria presumido o exercício do poder de mercado.

Em 6 de fevereiro de 2007, entretanto, este quadro se modificou em face da Resolução Normativa ANEEL 252, que revogou o art. 3º da Resolução ANEEL 278<sup>287</sup>. Esta revogação foi resultado de acirrada discussão acerca da necessidade ou não de se estabelecer limites percentuais *per se* de participação de mercado no setor elétrico. Naquele momento discutia-se a possibilidade de uma transferência acionária para a Eletrobrás, atuante no setor de energia elétrica, pois a operação resultaria em participação de mercado superior ao nível legal estabelecido. A ilustração desse caso é interessante para avaliar os fundamentos da decisão.

Naquele processo, a Procuradoria da ANEEL observou que com a nova conformação do mercado de comercialização de energia elétrica, dada pela Lei n. 10.848/04, não se verifica o exercício de posição dominante por parte de um gerador. Isso porque a referida lei restringiria demasiadamente a livre comercialização de energia com as concessionárias de distribuição, obrigando-as a comprar energia em ACR<sup>288</sup>, onde as operações de compra e venda de energia se dariam por meio de leilões, sendo também estabelecidos limites de repasse às tarifas dos consumidores finais. Assim, neste modelo implementado em 2004, teriam sido estabelecidos mecanismos que, por si só, garantiriam que a comercialização de energia no ambiente regulado não se desse por meio de práticas anti-competitivas e que traduzissem prejuízo ao consumidor final<sup>289</sup>.

Além disso, a própria Superintendência de Concessões e Autorizações de Geração da ANEEL entendeu que a exclusão de empresas com maior parcela de participação de mercado (como era Eletrobrás e é, na atualidade, a Petrobrás) e de suas controladas no processo de expansão da capacidade instalada do Brasil não seria do interesse do poder concedente, bem como não contribuiria para alcançar os objetivos do novo Modelo Institucional do

---

<sup>287</sup> Resolução Normativa ANEEL 252, de 6 de fevereiro de 2007, que revogou a Resolução ANEEL 278, de 19 de julho de 2000.

<sup>288</sup> ACR – Ambiente de Contratação Regulado.

<sup>289</sup> Voto de vista no Processo de nº. 48500.00082/2006-65, da ANEEL. Notas explicativas na Resolução 252, de 6 de fevereiro de 2007.

Setor Elétrico<sup>290</sup>. Por esses motivos se concluiu que os limites previamente definidos à participação de mercado poderiam ter o efeito de desencorajar investimentos em expansão de capacidade no setor. Isso porque uma empresa de geração, ou um grupo econômico dotado de controle sobre empresas de geração, por exemplo, que tivesse participação próxima aos limites impostos, não teria incentivos para aumentar sua oferta ou adotar tecnologias mais eficientes, pois saberia que qualquer incremento em sua capacidade a obrigaria a alienar parte de seus ativos. A ausência desse investimento provocaria um retardamento na expansão de capacidade, o que geraria efeitos nocivos a médio e longo prazo para o consumidor de energia (como, por exemplo, a escassez de fornecimento de energia elétrica, resultando em um novo “apagão”), considerado mais grave do que uma concentração de mercado acima dos níveis propostos.

Toda essa fundamentação pode e deve ser aplicada ao presente estudo. Poderia a simples avaliação percentual da parcela detida pela Petrobrás no mercado de geração de energia termelétrica, por si só, ser considerada como método confiável para se definir a probabilidade do exercício do poder de mercado? Entendo que não, e a revogação da Resolução ANEEL 278 confirma essa posição.

No setor elétrico vigora atualmente a Lei n. 10.848/04, que inseriu regras e procedimentos transparentes para as operações e submeteu-as à tutela das entidades reguladoras no mercado, a ANEEL<sup>291</sup>, o MME<sup>292</sup>, o ONS<sup>293</sup>, a CCEE<sup>294</sup>, a EPE<sup>295</sup>, a CMSE<sup>296</sup> e a CNPE<sup>297</sup>, que deram nova dinâmica ao mercado de comercialização de energia elétrica. Assim, nesse ambiente submetido ao controle dos órgãos regulatórios, não se verifica possível, pelo menos em princípio, o exercício da posição dominante por parte de um gerador, mesmo em percentuais elevados como o de 31,4% detido pela Petrobrás.

Ademais, no que se refere ao receio referente à verticalização<sup>298</sup> (decorrente do fornecimento de gás natural pela Petrobrás às próprias usinas termelétricas que o utilizam como insumo), verifica-se, novamente, que o modelo regulatório do setor inviabiliza o exercício do poder de mercado. A possibilidade de adoção de estratégias exclusionárias mediante o fechamento de mercado depende diretamente da possibilidade de aumento de preços no mercado a

---

<sup>290</sup> Os objetivos do novo Modelo Institucional do Sistema Elétrico Brasileiro são: (a) garantir a segurança de suprimento de energia elétrica; (b) promover a modicidade tarifária, por meio da contratação eficiente de energia para os consumidores regulados; (c) e promover a inserção social no Setor Elétrico, em particular pelos programas de universalização de atendimento.

<sup>291</sup> ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica.

<sup>292</sup> MME – Ministério de Minas e Energia.

<sup>293</sup> ONS – Operador Nacional do Sistema Elétrico.

<sup>294</sup> CCEE – Câmara de Comercialização de Energia Elétrica.

<sup>295</sup> EPE – Empresa de Pesquisa Energética.

<sup>296</sup> CMSE – Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico.

<sup>297</sup> CNPE – Conselho Nacional de Política Energética.

<sup>298</sup> As razões dessa preocupação foram expostas acima, em 3.2.

jusante<sup>299</sup>. Essa possibilidade, entretanto, é inexistente no mercado de geração de energia elétrica, ou em cenário ainda mais restrito, o da matriz termelétrica, pois a regulação setorial desenvolveu mecanismos eficazes para impedir o aumento abusivo de preços pelos geradores no ACR<sup>300</sup>, responsável por cerca de 75% da energia comercializada no Brasil.

Um desses mecanismos, por exemplo, foi implementado pelo Decreto n. 3.371/00, que ao instituir o Programa Prioritário de Termelétricas previu como incentivos aos potenciais investidores a garantia de suprimento de gás natural pelo prazo de até 20 anos, a garantia de aplicação do valor normativo a distribuidora de energia elétrica, pelo mesmo prazo, além da garantia de acesso ao programa de apoio financeiro do Banco Nacional do Desenvolvimento. Tendo a Portaria do MME n. 43 de 25 de fevereiro de 2000 indicado a Petrobrás para o suprimento desse gás natural às termelétricas do programa governamental, determinou ainda que por até 20 anos o insumo seria comercializado a um preço fixo em dólar e reajustado trimestralmente ou anualmente, dependendo da escolha feita pelo investidor. O exercício do poder de mercado se mostra, portanto, improvável, pelo menos nos 20 anos de vigência do contrato sob estes termos.

Outro fato que inviabiliza o exercício desse poder de mercado é que o mercado de gás natural é exaustivamente regulado por outra agência reguladora, a ANP. Isso porque a agência monitora regularmente os preços praticados e também porque a Petrobrás publica trimestralmente em seu website eletrônico os preços praticados no fornecimento de gás natural, e essa prática dificulta uma eventual discriminação de preços, na medida em que há fiscalização das práticas da empresa por todos os agentes econômicos interessados<sup>301</sup>.

Diante disso, é possível concluir que a Petrobrás, apesar de ter uma razoável participação no mercado nacional de geração de energia termelétrica (aproximadamente 31%), não é capaz de exercer esse seu poder de mercado para eventualmente praticar condutas abusivas. Seja sob a ótica horizontal, seja pela vertical, os mecanismos instituídos pelo novo modelo do sistema regulatório brasileiro, introduzidos a partir de 2004, inviabilizam uma probabilidade de exercício desse poder de mercado.

Há que ressaltar, por fim, que o CADE vem decidindo pela aprovação dos atos de concentração sob o argumento de que a variação no percentual de concentração de mercado é mínima e não gera prejuízos à concorrência (enquadra-se a operação como “baixa participação de mercado”, de acordo com os critérios estabelecidos no art. 6º da Portaria SEAE/SDE n.1/2003). Ora, caso este fosse, verdadeiramente, o argumento a ser utilizado, ter-se-ia que

---

<sup>299</sup> Ato de concentração submetido ao CADE: 08012.007960/2007-58.

<sup>300</sup> ACR – Ambiente de Contratação Regulado.

<sup>301</sup> Ato de concentração submetido ao CADE: 08012.002953/2007-78.

ficar atento às pequenas variações na participação no mercado que, realizadas milhares de vezes (como vem procedendo a Petrobrás), resultariam em uma grande variação percentual, observável pelo SBDC<sup>302</sup> e ameaçadora à concorrência. O que se deve levar em consideração, portanto, como fundamento para a aprovação das operações é a existência de um sistema regulatório bem estruturado e que instituiu mecanismos que inviabilizam o exercício do poder de mercado por um gerador de energia elétrica.

Diante dessa improbabilidade do exercício do poder de mercado pela Petrobrás, a concentração econômica ora estudada recebe parecer favorável e a análise das etapas IV e V previstas no Guia de Análise fica obstada.

## 5. CONCLUSÃO

O setor da energia elétrica no Brasil sofreu ao longo da história uma reestruturação institucional que remodelou suas bases e fortaleceu o modelo regulatório. A ANEEL, entidade reguladora do setor, interage com os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, participando ativamente da análise dos atos de concentração que envolvem empresas de energia elétrica. A Petrobrás, agente econômico com participação crescente no segmento de geração de energia elétrica, especialmente termelétrica, foi alvo desse estudo sobre as possíveis consequências anticoncorrenciais de sua presença nesse mercado. Tendo sido definido o mercado relevante como o de geração de energia termelétrica no âmbito nacional e a sua participação de mercado no nível de 31%, frisou-se que esse valor não poderia mais ser considerado um indicio de presunção *per se* do exercício do poder de mercado. Outros fatores deveriam, portanto, ser analisados. Diante disso, averiguou-se que as novas regras estabelecidas ao setor de geração de energia elétrica instituíram procedimentos transparentes que inviabilizam a imposição de condutas abusivas no âmbito vertical e o exercício do poder de mercado na linha horizontal por empresas geradoras de energia elétrica. Isso posto, o presente trabalho, consistente no estudo da regulação e da concorrência no setor de energia elétrica, especificamente analisando a concentração econômica gerada pelos investimentos da Petrobrás em termelétricas, defende a tese da improbabilidade do exercício do poder de mercado por parte desta empresa no mercado nacional de geração de energia termelétrica, graças às regras e procedimentos estatuidos pelo modelo regulatório vigente.

---

<sup>302</sup> SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBINO, Washinton Peluso. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ALVARES, Walter Tolentino. *Curso de Direito da Energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ARAÚJO JR, José Tavares de. *Regulação e concorrência em setores de infraestrutura*. Rio de Janeiro: XVII Fórum Nacional, 2005.

BACEN, Daniella Azeredo. *Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro e Descentralização de suas Atividades de Regulação*. Projeto de Dissertação. Salvador: UFBA/CME, 1999.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul: West Publishing Co., 1994.

LEOPOLDINO, João Bosco. *Regulação e concorrência*. Escritório de Direitos Autorais da Biblioteca Nacional

LEOPOLDINO, João Bosco. *Lei de proteção da concorrência – comentários à legislação antitruste*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

O'BRIEN D. P., SALOP. S.C. *Competitive effects of passive minority equity interests: reply*. Antitrust Law Journal. Vol. 69. 2000.

ROLIM, Maria João Pereira. *Direito Econômico da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As estruturas*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência (estudos e pareceres)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANTIAGO, Luciano Sotero. *Direito da Concorrência*. Salvador: Podvim, 2008.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VISCUSI, W. Kip. HARRINGTON JR, Joseph E. VERNON, John M. *Economics of regulation and antitrust*. London: MIT Press, 2005.

- BRASIL. CADE. Ato de Concentração 08012.004550/1999-11.
- BRASIL. CADE. Ato de Concentração 08012.002559/2000-55.
- BRASIL. CADE. Ato de Concentração 08012.005799/2001-92.
- BRASIL. CADE. Ato de Concentração 08012.006066/2003-37.
- BRASIL. CADE. Ato de Concentração 08012.007591/2003-70.
- BRASIL. CADE. Ato de Concentração 08012.000089/2006.
- BRASIL. CADE. Ato de Concentração 08012.002569/2006-86.
- BRASIL. CADE. Ato de concentração 08012.007775/2007-63.
- BRASIL. CADE. Ato de concentração 08012.007960/2007-58.
- BRASIL. CADE. Ato de concentração 08012.002953/2007-78.
- BRASIL. CADE. Ato de concentração 08012.002533/2007-83.
- BRASIL. CADE. Ato de concentração 08012. 010102/2009-52
- BRASIL. CADE. Ato de concentração 08012.001869/2009-91.
- BRASIL. CADE. Ato de concentração 08012. 000427/2010-61.
- BRASIL. CADE. Pedido de reconsideração do auto de infração 01/01.
- BRASIL. CADE. Processo administrativo: 08012.000677/1999-70.
- BRASIL. CADE. Recurso voluntário 08700.000716/2005-44.
- BRASIL. ANEEL. Processo de n. 48500.00082/2006-65.
- BRASIL. Lei nº 8.631/1993, que dispõe sobre a fixação dos níveis das tarifas para o serviço público de energia elétrica, extingue o regime de remuneração garantida.
- BRASIL. Lei nº 8.884/1994, que 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.
- BRASIL. Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.
- BRASIL. Lei nº 9.074/1995, que regulamentou a legislação anterior no que diz respeito ao mercado de energia.
- BRASIL. Lei nº 9.427/1996, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica.
- BRASIL. Lei nº 9.648/1998, que autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras e de suas subsidiárias.

BRASIL. Lei nº 9.991/2000, que dispõe sobre realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética por parte das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas do setor de energia elétrica.

BRASIL. Lei nº 10.433/2002, que dispõe sobre a autorização para a criação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica.

BRASIL. Lei nº 10.438/2002, que dispõe sobre expansão da oferta de oferta de energia elétrica emergencial e outros assuntos.

BRASIL. Lei nº 10.847/2004, que autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética.

BRASIL. Lei nº 10.848/2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica.

BRASIL. Lei nº 10.871/2004, que dispõe sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras.

BRASIL. Lei nº 12.111/2009, que dispõe sobre os serviços de energia elétrica nos Sistemas Isolados e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 2.335/1997, que estabelece as diretrizes da ANEEL, suas atribuições e estrutura básica, bem como o princípio da descentralização que permite à agência reguladora estender sua ação aos mais diversos pontos do País.

BRASIL. Decreto nº 2.655/1998, que regulamenta o MAE e define regras de organização do ONS e trata do MRE.

BRASIL. Decreto nº 3.371/2000, que institui no âmbito do Ministério de Minas e Energia, o Programa Prioritário de Termelétricidade.

BRASIL. Decreto nº 5.163/2004, que regulamenta a comercialização de energia elétrica; o processo de outorga de concessões de autorizações de geração de energia elétrica.

BRASIL. Decreto nº 5.177/2004, que regulamenta os artigos 4º e 5º da Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, e dispõe sobre a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica.

BRASIL. Decreto nº 5.184/2004, que dispõe sobre a Empresa de Pesquisa Energética.

BRASIL. Resolução Normativa ANEEL 022/1999.

BRASIL. Resolução Normativa ANEEL 278/2000.

BRASIL. Resolução Normativa ANEEL 252/2007.

BRASIL. Resolução Normativa ANEEL 334/2008.



BRASIL. Regimento Interno da ANEEL, aprovado pela Portaria MME nº 349, modificado pelas Resoluções nº 267/2001 e 116/2004 e 249/2007.

BRASIL. Atlas da energia elétrica no Brasil. 3ª Ed. Brasília: ANEEL, 2008.

Concentração e energia elétrica. Cadernos Jurídicos da Eletricidade. N. 13. Belo

BRASIL. Horizonte Instituto de Direito da Eletricidade, 1973.

BRASIL. Guia Prático do CADE – A defesa da Concorrência no Brasil. 3ª Ed. Coleção CIEE.

BRASIL. Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal.

BRASIL. Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias da SEAE.

BRASIL. Relatório Anual 2007 da Petrobrás.



## DOCTRINAS

**N**otificação de operação de aquisição participação minoritária ao controle de estruturas: o que a análise dos precedentes Ideasnet/Flynet e a reestruturação dos pólos petroquímicos brasileiros do sul e sudeste revela?



## **Notificação de Operações de Aquisição de Participação Minoritária ao Controle de Estruturas: o que a análise dos precedentes Ideiasnet/ Flynet e reestruturação dos pólos petroquímicos brasileiros do sul e sudeste revela?**

**Joyce Ruiz Rodrigues Alves**

*A autora é formada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2007 e cursa Economia na Faculdade de Economia, Administração e Ciências Contábeis da Universidade de São Paulo. Participou de Programa de Intercâmbio no Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE e na Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda-SEAE/MF. Foi Coordenadora na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça nas Coordenações de Infrações em Compras Públicas e de Controle de Mercado (2008-2009) e atualmente é associada do escritório Trench Rossi e Watanabe Advogados. E-mail: joycera@gmail.com*

1. Introdução. 2. Análise do Ato de Concentração Ideiasnet e dos Atos Relativos à reestruturação dos pólos petroquímicos do Sul e do Sudeste. 3. Das hipóteses de obrigatoriedade de apresentação de atos e contratos ao controle de estruturas. 3.1. Subsunção das concentrações econômicas estrito senso. 3.2. Subsunção das Cooperações Empresariais 4. Análise das aquisições de participação minoritária como ato de concentração estrito senso. 5. Análise das aquisições de participação minoritária como cooperação empresarial sujeito ao controle de estruturas. 5.1. Facilitação da Colusão entre as Empresas Rivals Envolvidas. 5.2. Possibilidade de Adoção de Condutas Unilaterais Lesivas à Concorrência. 6. Conclusão. 7.Referências

### **RESUMO**

Este trabalho objetiva analisar quais operações de aquisição de participação minoritária configuram hipóteses de apresentação obrigatória nos termos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Nesta análise, 2 (dois) precedentes emitidos pelo CADE serão examinados e problematizados, quais sejam, (i) a decisão emitida no julgamento do Ato de Concentração nº 08012.010293/2004-48, em que eram Requerentes Ideiasnet S.A. e Flynet S.A. e (ii) a decisão emitida no julgamento conjunto dos Atos de Concentração relativos à reestruturação de pólos petroquímicos brasileiros. Ressalta-se a relevância de diretrizes claras no que tange ao enquadramento de atos e contratos nas hipóteses do artigo 54 da Lei 8.884/94 para a eficiência da política de controle preventivo. Isso porque, beneficia, de um lado, os administrados na tomada de decisões e, de outro, a Administração, ao evitar desperdício de recursos na análise de atos que não apresentam potencial de alterar as estruturas de mercado.

## ABSTRACT

This paper aims to analyze which transactions of acquisition of minority shareholding are subject to merger review in accordance with the provisions of article 54 of Law 8.884/94. In this analysis, two precedents issued by CADE will be examined and compared, which are (i) the decision issued in the judgment of Concentration Act nº. 08012.010293/2004-48, of the interest of the companies Ideaisnet S.A. and Flynet S.A. and (ii) the decision issued in the joint judgment of the Concentration Acts nº which were related to the restructuring of the Brazilian oil and gas companies. It is important to stress the relevance of the existence of clear guidelines in reference to which transactions are subject to merger review in accordance with the Brazilian regulations. This benefits, on one hand, the economic agent on the decision making process as well as, on the other hand, the Public Administration, once that it avoids wasting resources on the analysis of transactions that do not present any anti-competitive potential.

**Palavras-chave:** controle de estruturas, aquisição de participação minoritária..

### 1. Introdução

Sempre foi muito debatida a questão sobre quais operações de aquisição de participação minoritária configuram hipóteses de apresentação obrigatória nos termos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

Essa discussão acarretou bastante incerteza quanto aos critérios de decisão que deveriam ser observados pelos administrados na tomada de decisão a respeito de quais aquisições de participação minoritária configuravam hipóteses obrigatórias de apresentação ao controle preventivo de poder de mercado.

Em 1º.02.2006, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) emitiu um julgado em que formulou critérios para aferir se a operação de aquisição minoritária resultava em alteração de poder de controle. Tratou-se do Ato de Concentração No. 08012.010293/2004-48, em que eram Requerentes Ideaisnet S.A. e Flynet S.A. (“Ato de Concentração Ideiasnet”).

Da análise desse precedente, é possível concluir que somente configuravam hipóteses de apresentação obrigatória as aquisições de participação minoritária que se encaixavam nos critérios formulados pelo CADE no Ato de concentração Ideiasnet. Desse modo, as aquisições de participação minoritária que não alterassem os direitos do acionista minoritário não estariam

sujeitas ao controle preventivo de poder de mercado. Nesse sentido, Rosemberg & Zingales (2006):

*(...) decisão proferida pelo CADE em recente julgamento (Ato de Concentração nº 08012.010293/2004-48) acrescenta um novo capítulo à discussão. De maneira geral, o voto vencedor introduz nas decisões do CADE o conceito de que deveriam ser apresentadas ao SBDC aquelas operações nas quais houvesse unificação de centros decisórios, por meio daquilo que a doutrina e os órgãos antitruste internacionais chamam de “influência determinante”, “influência dominante” ou “influência relevante”. Ressalta-se a necessidade de submeter atos de concentração quando a aquisição dessa “influência” se der por força de operações tipicamente societárias ou então por meio de outras formas de aquisição de controle empresarial.*

Conseqüentemente, os critérios formulados no Ato de Concentração Ideiasnet podem ser utilizados como norte, no entanto, em 2007, ocorreram as operações de reestruturação dos pólos petroquímicos do Sul e do Sudeste, e em seu julgamento o CADE entendeu que (i) que não era apropriado aplicar os critérios e conclusões do Ato de Concentração Ideiasnet, e (ii) apesar de certas operações de aquisição de participação minoritária não conferirem influência relevante, elas impactam significativamente as relações concorrenciais.

Ante tais considerações, deve-se questionar: será que os Atos de concentração relativos à reestruturação dos pólos petroquímicos do Sul e do Sudeste configuraram em um novo entendimento do CADE sobre as hipóteses de obrigatoriedade de apresentação de aquisições de participação minoritária? Foi o precedente do Ato de Concentração Ideiasnet ultrapassado? E, finalmente, há alguma linha segura para o administrado verificar se uma operação de aquisição de participação minoritária impacta a concorrência e, portanto, é notificável?

Este artigo visa analisar e responder a cada uma de tais questões. Para isso, está estruturado em 5 (cinco) partes além desta introdução. Na primeira parte, serão apresentadas brevemente o Ato de Concentração Ideiasnet e os Atos de Concentração relativos à reestruturação dos pólos petroquímicos do Sul e do Sudeste. Na segunda parte, serão consideradas as hipóteses de obrigatoriedade de apresentação de atos e contratos ao controle de estruturas de mercado, nos termos do artigo 54 da Lei 8.884/94. Na terceira parte, será realizada uma análise das aquisições de participação minoritária como ato de concentração estrito senso. Já na quarta parte, será analisada a necessidade

apresentação de operações de aquisição minoritária que não conferem poder de controle ao acionista minoritário. Por fim, serão apresentadas breves conclusões..

## **2. Análise do Ato de Concentração Ideiasnet e dos Atos Relativos à reestruturação dos pólos petroquímicos do Sul e do Sudeste.**

### **2.1. Ato de Concentração Ideiasnet**

Em 1º.02.2006, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) emitiu um julgado em que formulou critérios para aferir se a operação de aquisição minoritária resultava em alteração de poder de controle. Tratou-se do Ato de Concentração No. 08012.010293/2004-48, em que eram Requerentes Ideiasnet S.A. e Flynet S.A. (“Ato de Concentração Ideiasnet”).

Nessa ocasião, o voto vencedor do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva indicou alguns fatores que devem ser analisados no caso concreto. Em síntese, deve ser analisado (i) se há interesse da adquirente em intervir na empresa adquirida no mercado relevante; (ii) se a aquisição, nos termos e condições em que foi realizada, possibilita essa intervenção e (iii) se há efetividade do exercício de influência nas decisões empresariais<sup>1</sup>.

*“A presunção do interesse em intervir estrategicamente na sociedade deve advir de fatos mais concretos, como, por exemplo, a coincidência dos objetos sociais entre acionista e sociedade, donde se pode inferir com maior segurança o interesse em um comportamento econômico. Outra hipótese seria a existência de vínculos contratuais entre ambas, ocasião em que é possível presumir um interesse advindo de fatores externos, dependendo da natureza do vínculo e da dependência gerada pelas relações contratuais.*

(...)

*Para determinar se a influência é constante e abrangente, o aplicador do direito deve considerar, isolada ou cumulativamente, os seguintes fatores:*

---

<sup>1</sup> Verifica-se o uso recorrente, pelo CADE, de tais critérios para determinar se certa operação deve ou não ser conhecida como Atos de Concentração. Neste sentido, pode-se citar os Atos de Concentração Nos. 08012.001055/2006-11; 08012.006124/2006-75; 08012.009306/2006-06, 08012.008490/2006-69, 08012.002054/2009-29, 08012.010455/2008-71, 08012.002461/2009-36, 08012.002813/2007-91, 08012.005777/2008-07, 08012.010626/2008-62, 08012.013500/2007-69, e 08012.010923/2008-16.



*possibilidade do acionista eleger membros no Conselho de Administração e Diretoria que se responsabilizam pela administração da sociedade, desde que os membros tenham atribuições suficientes para direcionar o comportamento da empresa no mercado;*

*dispersão de ações, (...);*

*predominância nas últimas Assembléias Gerais, (...)*

*acordo de acionista que atribua o poder de deliberar sobre determinados assuntos;*

*existência de vínculos contratuais que lhe dê poder de barganha (...);*

*previsões estatutárias de qualquer natureza, que venham a possibilitar maior participação dos acionistas minoritários, atribuindo-lhes direito de veto ou previsão do tipo (...).”*

Conforme já mencionado na introdução, é possível concluir, com base nesse precedente, que só afetariam as relações de concorrência, as aquisições de participação minoritária que conferissem influência relevante e, as demais, portanto, não teriam impactos concorrenciais relevantes.

## **2.2. Análise do Caso da Reestruturação do Pólos Petroquímicos**

O julgamento da reestruturação dos pólos petroquímicos do Sul e do Sudeste apresenta muitos pontos interessantes que devem ser objeto de estudo. No entanto, neste trabalho, será discutido tão somente como verificar a existência de impactos concorrenciais estruturais decorrentes de aquisições de participação minoritária e se os critérios formulados no Ato de Concentração Ideiasnet são suficientes para realizar essa análise.

De início, cumpre salientar que os Atos de Concentração relativos à reestruturação dos pólos petroquímicos envolveram múltiplas aquisições. E, conforme demonstram as Tabela 1 e 2 abaixo, algumas operações consistiam em aquisições de controle. Assim sendo, a existência das operações de aquisição de controle por si só justificaram a necessidade do conhecimento dos referidos atos de concentração como hipótese obrigatória de apresentação, não tendo sido necessária a análise de conhecimento com base somente nas aquisições de participação minoritária.

Não obstante isso, a análise dos efeitos das aquisições de participação minoritária era necessária à medida que impactava a definição dos mercados relevantes. Caso se concluísse que determinada aquisição de participação minoritária afetava as relações de concorrência em um mercado, este mercado passaria a ser objeto de análise pelas autoridades de defesa da concorrência.

As tabelas 1 e 2 abaixo apresentam os Atos de Concentração relativos à reestruturação do pólo petroquímico do Sudeste e do Sul, respectivamente assim como já elenca as aquisições de participação minoritária que foram objeto de análise pelas autoridades de defesa da concorrência.

**Tabela 1: Atos de Concentração relativos à Reestruturação do Pólo Petroquímico do Sul**

<b>Ato de Concentração No.</b>	<b>Descrição do Ato de Concentração</b>	<b>Questões relativas à participação minoritária?</b>
08012.002816/2007-25	aquisição, pela Ultra do <u>controle</u> dos negócios relativos à (i) distribuição de combustíveis e lubrificantes nas regiões Sul e Sudeste; (ii) logística; (iii) produtos químicos; (iv) postos de combustíveis; (v) lojas de conveniência nas regiões Sul e Sudeste; (vi) a participação da CBPI no capital da Transportadora Sul Brasileira de Gás S.A.; e (vii) certas empresas não-operacionais	Não há
08012.002813/2007-91	aquisição, pela Petrobras e Braskem, na proporção de respectivamente 40% e 60%, do controle dos ativos petroquímicos da Ipiranga, quais sejam, as atividades correspondentes ao setor petroquímico, representados pela Ipiranga Química S.A. ("ICQ"), Ipiranga Petroquímica S.A. ("IPQ") e pela participação desta no capital da Copesul –	Se a aquisição de participação da Petrobras na ICQ e a IPQ impacta a concorrência

	Companhia Petroquímica do Sul.	
08012.014599/2007-16	aquisição pela, Braskem, de participações societárias minoritárias detidas pela Petrobras/Petroquisa na Copesul, IPQ, IQ, PPSA e Triunfo	Não há
08012.002818/2007-14	aquisição pela Ultra, Braskem e Petrobras do <u>controle</u> compartilhado dos ativos de <u>refino</u> da Ipiranga. A participação da RIP, será administrada em conjunto pelos três compradores na proporção de 1/3 para cada, sendo que todas as decisões, em qualquer esfera administrativa, dependerão de unanimidade.	Não há

**Tabela 2: Atos de Concentração relativos à Reestruturação do Pólo Petroquímico do Sudeste**

<b>Ato de Concentração No.</b>	<b>Descrição do Ato de Concentração</b>	<b>Questões relativas a participação minoritária</b>
08012.011068/2007-71	aquisição pela Petrobras, do controle da Suzano Petroquímica S.A. e, conseqüente, participação em suas subsidiárias Riopol e PQU	Se a Petrobras adquiriria influência relevante sobre a Riopol e PQU
08012.014585/2007-01	reunião de ativos petroquímicos de Unipar, Petrobras e Petroquisa na proporção de respectivamente 60% e 40% (para Petrobras/Petroquisa), na Sociedade Petroquímica.	Se a participação da Petrobras na Sociedade Petroquímica impacta a concorrência.

Passa-se, portanto, a analisar as questões relativas aos impactos concorrenciais das aquisições minoritárias descritas na tabela acima, mediante o exame dos pareceres emitidos pelos órgãos instrutórios e da decisão do CADE. Primeiramente, serão analisados os atos relativos à reestruturação do pólo

petroquímico do Sul – objeto da tabela 1 – e depois os atos relativos à reestruturação do pólo petroquímico do Sudeste – objeto da tabela 2.

Conforme ilustrado na tabela 1, na operação relativa à reestruturação do pólo petroquímico do Sul, era necessário analisar principalmente a existência de impactos concorrenciais da aquisição da participação societária na ICQ e na IPQ.

Em seu parecer, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”) reconheceu que, mediante uma análise com base nos critérios do Ato de Concentração Ideiasnet, a operação não conferia à Petrobras influência relevante. No entanto, a SEAE descartou essa conclusão e “optou por um cenário mais conservador”, *in verbis*:

*68. Em relação à participação minoritária da Petrobras nas demais empresas (ICQ e IPQ), ressalte-se que os mesmos comentários relativos à Copesul são válidos para essas empresas, uma vez que o Memorando de Entendimento entre a Braskem e a Petrobras faz menção a “Sociedades Petroquímicas” definidas como aquelas que integram os Ativos Petroquímicos.*

*69. Como a Petrobras não detinha participação alguma nessas empresas (ICQ e IPQ) anteriormente à operação, poderia ser argumentado que com a operação a petrolífera passaria a ter influência relevante em tais empresas, de forma que poderia ser caracterizada uma sobreposição de mercado entre os produtos ofertados pela IPQ e aqueles ofertados pelas empresas do Sistema Petrobras.*

*70. Optando por um cenário conservador, a SEAE assumirá como hipótese que a operação fez como que a Petrobras passasse a ter influência relevante na IPQ, de forma que as empresas ligadas ao Sistema Petrobras, que forneçam os mesmo produtos ofertados pela IPQ serão incluídas no cálculo de concentração de mercado decorrente da operação. (p. 15 do parecer n. 06027/2008/DF, Grifos nossos)*

No mesmo sentido, foi o posicionamento do CADE, conforme se depreende do voto condutor proferido pelo Conselheiro Relator Luiz Carlos Delorme Prado:

*“Em suma, portanto, a Braskem adquire o controle da IQ, IPQ e da Triunfo, e em tese, aumenta seu poder sobre a Copesul, sendo relevante analisar as sobreposições da Braskem e dessas empresas. A Petrobras, por outro lado, indiretamente adquire participações na IQ e na IPQ que antes não tinha, mantém uma participação minoritária na Copesul e na PPSA e perde o controle da Triunfo, sendo relevante analisar, portanto, eventuais sobreposições entre a Petrobras, IQ e IPQ. Conservadoramente, também serão analisadas eventuais sobreposições entre a Petrobras e a própria Braskem, haja vista que a primeira aumentou sua participação na última de 8% para 30%, muito embora permaneça acionista minoritária, sem poder de controle.”*  
(p. 3, Grifos nossos)

Verifica-se, portanto, que embora a análise da operação de participação minoritária nos moldes do Ato de Concentração Ideiasnet indicasse que tais participações minoritárias não teriam impactos concorrenciais pois não conferiam influência relevante à Petrobras, as autoridades optaram por um cenário conservador ao entenderem que não era possível concluir a neutralidade dessas participações. Vejamos se o posicionamento nos Atos de Concentração relativos ao pólo do Sudeste foi semelhante.

Conforme ilustrado na tabela 2, na análise dos Atos de Concentração relativos à reestruturação do pólo petroquímico do Sudeste, foi necessário analisar se a participação societária adquirida pela Petrobras na Suzano lhe conferia controle na Riopol e na PQU.

A SEAE e a SDE, em análise conjunta, utilizaram os critérios do precedente Ideiasnet e entenderam que a operação não conferiu a Petrobras influência relevante na Riopol e tampouco na PQU.

Por sua vez, no julgamento dos referidos Atos, o Conselheiro Relator Cueva ponderou que apesar da Petrobras adquirir uma participação minoritária que não lhe conferia influência relevante nos moldes do Ato de concentração Ideiasnet, não se poderia deixar de pesar (i) o elevado valor do investimento aportado pela Petrobras e (ii) o fato da Petrobras ser a principal fornecedora de matérias primas das subsidiárias da Sociedade Petroquímica. Por conseguinte, entendeu necessário reconhecer que a operação alterava as relações de concorrência, *in verbis*:

*Em razão dessa estrutura societária, que dá o controle da Sociedade Petroquímica a Unipar e participação minoritária à Petrobras, argumentam as requerentes que os direitos da Petrobras sobre as empresas envolvidas na operação, bem como seu interesse econômico nesses negócios não se alterarem substancialmente após os atos de concentração, haja vista que a Petrobras era acionista minoritária de PQU e Ripol, por exemplo, antes das operações. O mesmo se poderia dizer com respeito à Unipar, uma vez que esta empresa também já controlaria a PQU, por exemplo, antes das operações. Assim, não haveria, segundo as requerentes, nexó de causalidade entre as operações e eventual exercício de poder de mercado por parte dos participantes do ato. Tal afirmação, porém, deve ser vista com cuidado.*

*Primeiramente, não há como negar que, embora a Unipar seja efetivamente a controladora da Sociedade Petroquímica, a participação da Petrobras de 40%, não é irrisória, nem se pode crer que sua influência sobre a nova empresa será nula, ainda mais considerando o valor do investimento aportado pela Petrobras, bem como o fato da empresa ser a principal fornecedora de matéria prima das centrais controladas pela Sociedade Petroquímica.*

*Também é relevante observar que as operações alteraram o pólo petroquímico do Sudeste de um quadro como várias empresas cujo capital encontrava-se pulverizado entre diversos sócios, para um quadro em que as empresas de primeira geração e as principais empresas de segunda geração se organizam sob a égide de uma única sociedade, a Sociedade Petroquímica, cujo capital passará a ser detido não mais por vários sócios e diferentes vozes de comando, mas por apenas dois: Petrobras e Unipar, com preponderância do último.*

*As mudanças ocasionadas pelas operações, assim, não são triviais e efetivamente alteram a natureza das relações societárias envolvidas nos atos de concentração, sendo necessário que os órgãos de defesa da concorrência analisem com detalhe a reestruturação em comento. (p.23 do voto, Grifos nossos)*

Vê-se que o Conselho sinalizou nos Atos de Concentração relativos à reestruturação tanto do Pólo Petroquímico do Sul como do Sudeste que as participações minoritárias adquiridas pela Petrobras impactavam as relações de

concorrência mesmo que não lhe conferissem influência relevante com base nos critérios do Ato de Concentração Ideiasnet. O Conselheiro relator atribuiu isso a 2 (dois) fatores principais: (i) valor do investimento e (ii) a existência de relações verticais entre os agentes econômicos.

Merece ainda destaque o posicionamento da Presidente do CADE, Dra. Elizabeth Farina que, fazendo referência à participação da Petrobras na Braskem, afirmou que aquisições de participações minoritárias cruzadas entre concorrentes, mesmo que não confirmem influência relevante, seria objeto de escrutínio pelas autoridades de defesa da concorrência, uma vez que empresas concorrentes não são “bancos” e, portanto, não adquirem participações minoritárias em empresas concorrentes com objetivos meramente de investir.

Pois bem. Ante o exposto, torna-se forçoso questionar: há como conciliar a utilização desse precedente como as manifestações das autoridades nos atos de concentração relativos à reestruturação dos pólos petroquímicos do Sul e do Sudeste? Entende-se que sim, e que a questão primordial está na natureza da operação sob análise do CADE. Senão, vejamos.

### **3. Das hipóteses de obrigatoriedade de apresentação de atos e contratos ao controle de estruturas**

Primeiramente, cumpre salientar que o controle preventivo de estruturas de mercado tem o papel de monitorar as operações de aquisição artificial de poder econômico a fim de evitar que elas confirmem excessivo poder de mercado aos agentes econômicos, o qual posteriormente poderá ser utilizado para lesar ou impedir a livre concorrência.

Em outras palavras, mediante o controle preventivo de poder econômico, a Administração evita a monopolização ou a formação de uma estrutura oligopolística que permita que os agentes econômicos atuem de forma colusiva tacitamente, que resulte em perda de bem-estar dos consumidores (cf. Nusdeo, 2002, p. 31).

Em prol desse objetivo, o artigo 54 da Lei 8.884/94 determina as hipóteses de apresentação obrigatória de atos ao SBDC, *in verbis*:

*Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.*

(...)

§ 3o *Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante e vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Grifos nossos)*

Dada a sua aparente abrangência, as autoridades de defesa da concorrência têm definido critérios interpretativos para direcionar a correta aplicação do artigo supratranscrito. Vejamos o entendimento mais recente da SDE e do CADE:

*“O parágrafo terceiro desse artigo esclarece que, em se tratando de concentração econômica, presume-se que o ato tem potencial de limitar ou prejudicar a concorrência quando: “(...) implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).” Para os casos de cooperação econômica, como é o caso de codeshares, não há qualquer presunção de lesividade na lei, aplicando-se a regra geral do caput do artigo 54.”<sup>2</sup> (grifos nossos)*

Da leitura do trecho supratranscrito, depreende-se que são duas as hipóteses de atos ou contratos de submissão obrigatória ao CADE, quais sejam, (i) as concentrações econômicas em sentido estrito, que são de notificação obrigatória nos termos do §3º do artigo 54 da Lei 8.884/94 e (ii) as cooperações empresariais e outros contratos, que são de notificação obrigatória pelo caput do referido artigo.

---

<sup>2</sup> Parecer emitido pela Secretaria de Direito Econômico nos autos do Ato de Concentração nº 08012.0111318/2007-73, em que eram Requerentes Tam e United, pp. 2 e 3.



### 3.1. Subsunção das concentrações econômicas estrito senso

Por concentração econômica estrito senso é possível entender a alteração duradoura das estruturas das empresas integrantes do ato, que deverão formar uma unidade econômica com um só centro de decisão. Trata-se da soma de poder que confira a faculdade de agir e influir no mercado relevante resultante de um ato jurídico de integração (cf. Andrade, 2002, 317). Em outras palavras, entendemos que ocorre um ato de concentração estrito senso quando um agente econômico adquire poder de controle sobre outro (cf. Alves, 2009).

A regra de obrigatoriedade para este tipo de operação está disposta no parágrafo 3º do artigo 54. Deste modo, quando a operação constituir “qualquer forma de concentração econômica” e implicar em (i) participação de empresa ou grupo de empresas resultante e 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou (ii) em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) no Brasil, ela é de notificação obrigatória ao controle preventivo de poder econômico.

### 3.2. Subsunção das Cooperações Empresariais

As cooperações empresariais consistem em acordos (formais ou informais) mediante os quais pelo menos 2 (dois) agentes distintos e independentes uniformizam certos comportamentos ou realizam certa atividade conjuntamente. Não obstante isso, o acordo não interfere na autonomia de cada empresa, que permanece substancialmente independentemente nos demais aspectos de suas atividades não sujeitos ao acordo.

Salomão Filho (2007, p.267) aponta que há a cooperação quando algumas decisões relativas (i) pesquisa e desenvolvimento; (ii) investimentos; (iii) produção e/ ou (iv) vendas são tomadas em conjunto pelos agentes econômicos, entretanto cada um dos agentes econômicos continua a deter autonomia.

Nesse ponto, é importante frisar que não são todos de cooperação empresarial os arranjos comerciais e parcerias que apresentam esse potencial lesivo e que são de análise obrigatória pelo CADE no controle preventivo de estruturas de mercado. A este respeito, entende-se apropriado resgatar as ponderações feitas pelo Conselheiro Prado no voto emitido no Ato de Concentração nº 08012.002442/2004-03:<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Voto emitido nos autos do Ato de Concentração nº 08012.002442/2004-03, em que eram Requerentes Líder Táxi Aéreo S/A – Air Brasil e Helicópteros do Brasil S.A.

“A legislação brasileira de defesa da concorrência, no art. 54 da lei 8.884/94, pela sua generalidade, abre espaço para que seja apresentado um grande número de atividades de cooperação econômica, de escassa relevância para o ambiente econômico. Para evitar-se a insegurança jurídica, e mais ainda para que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência não seja inundado com grande número de Atos de Concentração para quais não há razão econômica que recomende a sua submissão é necessário que a jurisprudência do CADE estabeleça claramente interpretações sobre o alcance desse texto jurídico”.

Em conformidade com este entendimento, a SDE elaborou um estudo aprofundado sobre a subsunção de acordos de compartilhamento de código no setor de transporte aéreo de passageiros, o Parecer CGAE/SDE nº 003/2008, intitulado “Acordos de Código Compartilhado (*codeshare*) e Potencial Lesivo à Concorrência”<sup>4</sup>, que esclareceu as condições em que os acordos de *codeshare* são de notificação obrigatória. Neste parecer, a SDE manifestou o seu entendimento de que o critério principal para determinar a notificação de acordos de cooperação nos termos do artigo 54 da Lei 8.884/94 é a existência de potencial lesivo *prima facie*, levando-se em conta uma situação ótima de Pareto. Para isso, recorreu à presunção relativa de posição dominante estabelecida no artigo 20 da Lei nº 8.884/94.

Vê-se, portanto, que dois são os requisitos para obrigatoriedade de apresentação de uma operação ao CADE, quais sejam, (i) a cooperação empresarial deve ter um potencial lesivo a concorrência reconhecível *prima facie* e *a priori* e (ii) uma das partes deve ter 20% de *market share* no mercado relevante afetado.

Ante o exposto, conclui-se que quando o administrado analisar a obrigatoriedade de apresentação de suas operações e contratos ao CADE, ele deverá verificar qual é a natureza do contrato, para depois verificar qual é a incidência dos critérios que tornam a notificação da operação obrigatória. O mesmo se dá com as operações de aquisição de participação minoritária, conforme se passa a analisar.

---

<sup>4</sup> Disponível em:

<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ5C394253ITEMID827D7C2F4E7C4BF8ABEF6E45CC39F971PTBRIE.htm>, acessado em 03.dez. 2008.

#### **4. Análise das aquisições de participação minoritária como ato de concentração estrito senso**

Conforme considerado no item III.1 do presente artigo, aquisições de participação minoritária somente configuram um ato de concentração estrito senso quando elas conferem algum grau de poder de controle ao acionista minoritário. Assim sendo, deve-se questionar: como analisar se uma aquisição confere tal poder de ingerência?

Para fazer esta análise, deve-se recorrer aos critérios formulados pelo CADE no julgamento do Ato de Concentração Ideiasnet. Em síntese, deve ser analisado (i) se há interesse da adquirente em intervir na empresa no mercado (ii) se a aquisição, nos termos e condições em que foi realizada, possibilita essa intervenção e (iii) qual a efetividade do exercício de influência nas decisões empresariais.

Conclui-se, portanto, uma operação de aquisição de participação minoritária de natureza concentrativa constitui hipótese de apresentação obrigatória sempre que forem observadas cumulativamente as seguintes condições:

- (i) há obtenção de poder de controle mediante a análise dos critérios desenvolvidos no Ato de Concentração Ideiasnet e,
- (ii) há observância de, pelo menos, um dos critérios objetivos, seja o do faturamento ou seja o de participação de mercado.

#### **5. Análise das aquisições de participação minoritária como cooperação empresarial sujeito ao controle de estruturas**

Quando a operação de aquisição de participação minoritária tem natureza cooperativa, conforme considerado no item III.2, a análise de obrigatoriedade da notificação se refere à (i) verificação da existência ou não de um potencial lesivo a concorrência reconhecível *prima facie* e *a priori* e (ii) uma das partes deve ter 20% de *market share* no mercado relevante afetado.

Por conseguinte, a primeira pergunta a ser analisada é: existem operações de aquisição minoritária que apresentam potencial lesivo *prima facie*? A resposta a essa pergunta é afirmativa. Conforme a manifestação do CADE no caso da reestruturação dos pólos petroquímicos, é válido afirmar que operações de aquisição de participação minoritária entre concorrentes apresenta significativo potencial anticompetitivo,. Senão, vejamos.

A aquisição de participação minoritária em empresas rivais acarreta 2 (duas) preocupações concorrenciais significativas, quais sejam, (i) facilitação da colusão entre as empresas rivais e (ii) possibilidade de adoção de condutas unilaterais, o que se passa a analisar.

### **5.1. Facilitação da Colusão entre as Empresas Rivais Envolvidas**

A aquisição de participação minoritária em empresa rival constitui um incentivo adicional importante ao conluio. Isto se daria uma vez que a participação em uma empresa rival (i) aumenta transparência de informações e (ii) afeta negativamente os incentivos das empresas concorrerem agressivamente. (cf. OCDE, 2008)

O aumento da transparência se dá uma vez que a aquisição de participação societária confere à empresa investidora uma posição privilegiada no acesso às atividades comerciais da empresa e, conseqüentemente, facilita a monitoração no caso de um eventual cartel.

Poder-se-ia alegar que o acesso à informação depende exclusivamente dos direitos da empresa adquirente, de modo que esta preocupação seria eliminada se a empresa adquirente não detivesse direitos de voto ou de veto. No entanto, esse argumento não deve prevalecer. Isto porque toda operação de aquisição societária confere um acesso maior a informações e dados estratégicos, o que não deve ser ignorado pela autoridade antitruste. Mesmo nas aquisições de investimento passivo, o acionista obtém o acesso a informações que um concorrente independente não teria, como planos para expansão, para fusões e aquisições de outras empresas e para entrar ou expandir nos mercados.

Por seu turno, no que se refere aos efeitos de tais operações nos incentivos, é razoável supor que o simples fato de uma empresa deter participação acionária em uma empresa rival pode reduzir os incentivos para a adoção de estratégias concorrenciais muito agressivas. Isto porque o investimento em empresa rival pode alterar os *payoffs* das empresas envolvidas e seus respectivos incentivos para evitarem se envolverem em arranjos colusivos. Por fim, aquisições de participação societária em empresas rivais podem sinalizar para todo o mercado que a concorrência será menos vigorosa, o que pode ocasionar uma redução da pressão competitiva em detrimento dos consumidores.

Vê-se, portanto, que as operações de aquisições de participação minoritária em concorrentes mesmo que não confira o controle ou influência relevante apresentam potencial lesivo ao facilitar a colusão. Frise-se que não se afirmou em qualquer momento que necessariamente após uma aquisição de participação minoritária em uma empresa rival, haverá a formação de conluio no

mercado afetado, mas sim, alertou-se para a criação de condições de mercado favoráveis a tal prática.<sup>5</sup>

## 5.2. Possibilidade de Adoção de Condutas Unilaterais Lesivas à Concorrência

Além disso, as operações de participação entre empresas rivais também podem aumentar a possibilidade de a empresa adquirente adotar condutas unilaterais lesivas à concorrência.

Quando uma empresa adquire participação societária em uma empresa rival, lhe é interessante que a empresa objeto do investimento maximize seus lucros para que a participação societária seja lucrativa. Assim sendo, se a empresa investidora concorrer agressivamente com ela, as perdas financeiras incorridas pela última afetarão o investimento. Por conseguinte, a empresa investidora pode ter incentivos para reduzir unilateralmente a produção e aumentar preços caso ela esteja em posição de recuperar a totalidade das suas perdas por meio de sua participação na empresa rival. Vê-se, portanto, em certas circunstâncias, participações minoritárias em empresas rivais podem resultar em uma redução da produção e em um aumento do preço, o que é claramente em prejuízo do bem-estar do consumidor.

Este entendimento está em conformidade com o alerta feito pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico em estudo sobre os efeitos das participações minoritárias entre empresas rivais. Vejamos:

*“Competição vigorosa requer que as empresas tomem suas decisões empresariais independentemente uma da outra. Ligações estruturais entre concorrentes e diretorias interligadas podem por em risco esse requisito essencial. Em alguns países membros da OCDE, participações minoritárias e diretorias interligadas são comuns em alguns setores, como bancário e securitário, e as autoridades de defesa da concorrência têm conferido atenção cada vez maior a este fenômeno. Detenção de participação minoritária em uma empresa pode parecer, a primeira vista, inócua do ponto de vista da concorrência. No entanto, estudos econômicos demonstram que tais ligações entre empresas rivais pode*

---

<sup>5</sup> Tal risco pode ser agravado se no mercado relevante forem verificados outros elementos que favorecem a formação de cartéis, quais sejam, (i) concentração de mercado; (ii) barreiras à entrada; (iii) elementos e mecanismos de monitoração da cooperação dos membros do cartel; e (iv) homogeneidade dos produtos e/ou serviços prestados.

*produzir efeitos anti-competitivos, unilaterais e coordenados*  
6”(Grifos nossos - tradução livre)

Ante o exposto, torna-se imperioso reconhecer que as operações de aquisição de participação minoritária entre rivais apresentam potencial lesivo. Decorre disso a necessidade de serem examinadas ante o controle preventivo de poder econômico nos termos do *caput* do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. O mesmo raciocínio no que se refere ao acesso à informação e à alteração de incentivos econômicos é aplicável a operações de aquisição de participação minoritária entre empresas que tem relações verticais diretas.

Vê-se, portanto, que a preocupação das autoridades de defesa da concorrência com as aquisições de participação minoritária relativas à reestruturação dos pólos petroquímicos tem relevância e a sua aplicação no que tange a análise de impactos competitivos de aquisições minoritárias deve ser restrita aos casos em que há relação vertical ou horizontal entre os agentes econômicos.

## 6. Conclusão

Esse artigo buscou identificar diretrizes que os administrados possam analisar a obrigatoriedade de apresentação de suas operações de aquisição de participação minoritária ao SBDC mediante a compatibilização do precedente emitido no Ato de Concentração Ideiasnet e o da reestruturação dos pólos petroquímicos do Sul e do Sudeste.

Nesse sentido, considerou-se que são 2 (duas) as hipóteses de atos ou contratos de submissão obrigatória ao CADE, quais sejam, (i) as concentrações econômicas em sentido estrito, que são de notificação obrigatória nos termos do §3º do artigo 54 da Lei 8.884/94 e (ii) as cooperações empresariais e outros contratos.

Assim sendo, o primeiro passo da análise deve ser qual é a natureza do contrato – concentrativa ou cooperativa, para depois verificar qual é a incidência dos critérios que tornam a notificação da operação obrigatória.

---

<sup>6</sup> “Vigorous competition requires that firms take business decisions independently from each other. Structural links between competitors and interlocking directorates may jeopardize this essential requirement. In some OECD countries, minority shareholdings and interlocking directorates are common in certain sectors, such as banking and insurance, and antitrust authorities are giving this phenomenon increased attention. Ownership of a minority stake in a company might at first glance appear innocuous from a competition perspective. However, economic studies show that such links between competing companies can produce anti-competitive, unilateral and co-ordinated effects.” (OCDE, 2008, p. 19)

Se a operação for concentrativa, o precedente a ser aplicado para que analise o caso concreto é o do Ato de Concentração Ideiasnet, sendo que constitui hipótese de apresentação obrigatória sempre que forem observadas cumulativamente as seguintes condições:

- (i) há obtenção de poder de controle mediante a análise dos critérios desenvolvidos a partir do Ato de Concentração Ideiasnet e,
- (ii) há observância de, pelo menos, um dos critérios objetivos, seja o do faturamento ou seja o de participação de mercado.

Por sua vez, se a operação for cooperativa, deve ser observado o precedente emitido na reestruturação dos pólos petroquímicos, ela configura hipótese de apresentação obrigatória sempre que forem observadas cumulativamente as seguintes condições:

- (iii) envolve direta ou indiretamente empresas rivais uma vez que as operações de aquisição de participação minoritária mesmo sem alteração de controle apresentam potencial lesivo de facilitação da colusão entre as empresas rivais e de favorecimento de adoção de condutas unilaterais; ou envolve empresas verticalmente relacionadas.
- (iv) há observância de *market share* de pelo menos 20% no mercado relevante.

Por conseguinte, pode-se afirmar que há precedentes que podem guiar o administrado na análise de subsunção não só de aquisições de participação minoritária que conferem poder de controle mas também daquelas que não conferem. Nesse sentido, para a análise das aquisições de participação minoritária que conferem poder de controle, o Ato de Concentração Ideiasnet se apresenta como o precedente mais adequado a ser utilizado para pautar a análise de subsunção é o Ato de Concentração Ideiasnet, enquanto que para aquelas que não conferem poder de controle, a utilização do caso da reestruturação dos pólos petroquímicos é válida.

## 7. Referências

ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de Concentração de Empresas*. São Paulo:Ed. Singular, 2002.

ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. *Conceito Jurídico de Ato de Concentração*. Disponível em < <http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/733>>. Acesso em 20.jan.2009

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica. O controle da concentração de empresas*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

ROSEMBERG, Bárbara & ZINGALES, Rodrigo. *Novo entendimento do CADE sobre a aquisição de participação minoritária como ato de concentração*. Disponível em <<http://www.bovespa.com.br/Investidor/Juridico/061003NotA.asp>>. Acesso em: 19.jan.2009

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. São Paulo:Ed. Malheiros, 2007, 3ª edição.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Parecer CGAE/SDE nº 003/2008, intitulado "Acordos de Código Compartilhado (codeshare) e Potencial Lesivo à Concorrência"* <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ5C394253ITEMID827D7C2F4E7C4BF8ABEF6E45CC39F971PTBRIE.htm>>. Acesso em :03.dez. 2008.

OCDE, *Policy Roundtables. Minority Shareholdings*, 2008. Disponível em <<http://www.oecd.org/dataoecd/40/38/41774055.pdf>>. Acesso em: 19.jan.2009



# JURISPRUDÊNCIA





**Petição nº 08700.003387/2008-36****Peticionária:** Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.**Relator:** Conselheiro **Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo****DESPACHO CR nº 05/2009<sup>1</sup>****1. Relatório**

Em 22 de janeiro de 2008, a Procuradoria-Geral do CADE – ProCADE encaminhou ofício à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE pelo qual questionava a previsão e interpretação do artigo 41, inciso IV, da Lei Distrital nº 4.056, de 13 de dezembro de 2007, que dispõe sobre “o Serviço de Táxi, atividade de interesse público que consiste no transporte de passageiros e de bens em veículo de aluguel a taxímetro, e dá outras providências.” Segundo argüido pela ProCADE (fls. 25/28), o referido dispositivo legal veicula uma obrigação expressa de que o taxista cobre o valor exato registrado no taxímetro, o que poderia estar a proibir a prática de descontos. Assim entendendo, a ProCADE enviou ofício à SDE para que esta apurasse se a aplicação da Lei Distrital em comento estaria ofendendo a livre concorrência no mercado de táxis do Distrito Federal.

Com esse fim, a SDE realizou diversas diligências, tais como:

- (i) Envio de ofício à Secretaria de Transportes do Distrito Federal (fls. 35 e 54). Como resposta (fls. 74/77), a Secretaria de Transportes encaminhou o Pronunciamento nº 30/2008 de sua Assessoria Jurídico-Legislativa, no qual relatou-se que “a Lei Distrital nº 4.056/07 proíbe é o desconto direto no taxímetro, ou seja, o valor aferido no taxímetro a um trajeto percorrido por um taxista tem que ser igual a todos os táxis, porém o valor cobrado pelo taxista pode ser diferenciado, a Lei não proibiu o desconto. Assim, o desconto fica alvedrio do proprietário do Táxi” (sic).
- (ii) Envio de ofício ao Sindicato dos Condutores Autônomos de Brasília - SINDICAVIR (fl. 37), que informou não ter emitido qualquer orientação aos seus afiliados relativamente à prática de descontos tarifários (fl. 48).

---

<sup>1</sup> A elaboração do presente Despacho contou com a colaboração do Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental Eduardo Frade Rodrigues.

- (iii) Contato telefônico junto a empresas de rádio-táxi a fim de averiguar se taxistas membros de cooperativas são autorizados a pegar passageiros na Rodoferroviária de Brasília (fls. 50/51).
- (iv) Tomada de depoimentos de três proprietários de empresas de rádio-táxi e da Presidente da SINDICAVIR (fls. 38/39, 70/71, 72/73 e 67/68), nos quais foram fornecidas informações sobre tarifas, possibilidade ou impossibilidade de descontos, proibição de publicidade, dificuldades de atuação de cooperativas em pontos como a Rodoferroviária e Setor Hoteleiro, além de outros temas pertinentes ao mercado de táxis no Distrito Federal.

Às fls. 78/79, consta declaração encaminhada ao PROCON, Ministério Público, SDE e outros órgãos, evidenciando que um passageiro, ao tomar um táxi de uma cooperativa que dizia praticar desconto de 30%, ao final da corrida teria sido cobrado do taxista um valor superior ao que deveria ter sido exigido caso aplicado corretamente o desconto.

Também consta dos autos (fls. 79/95) acórdão do CADE de janeiro de 2000, referente ao julgamento do Processo Administrativo nº 08012.005769/1998-92, no qual a SINDICAVIR/DF foi condenada por violação à Lei Antitruste, haja vista sua oposição à concessão de descontos por grupos de taxistas não filiados.

Por fim, vale citar a juntada, às fls. 135/136, de matéria do Jornal Nacional de 25 de janeiro de 2008 intitulada “Táxis do Distrito Federal não podem mais anunciar descontos no taxímetro”, na qual foram entrevistados consumidores, o Secretário de Transportes do Distrito Federal, a Presidente do SINDICAVIR e taxistas.

Como embasamento para as suas conclusões, a SDE anexou a seu parecer o Estudo Conjunto SDE/SEAE nº 01/2008: “Como incrementar a concorrência nos serviços de táxi?” (fls. 148/161). Tal estudo sugeriu que as autoridades reguladoras municipais adotassem, em suma, as seguintes medidas a fim de promover a eficiência no mercado de táxis e aumentar a qualidade do serviço em benefício do consumidor, respeitadas as condições específicas de cada local:

- (i) Incremento gradual do número de permissões disponíveis anualmente, aliado a um monitoramento constante dos efeitos desse incremento;
- (ii) Estipulação de uma tarifa máxima que permita a prática de descontos;

- (iii) Permissão para que o desconto seja aferido diretamente em taxímetro pré-programado;
- (iv) Melhor visualização das tarifas e dos descontos praticados por meio de adesivos nas laterais do táxi;
- (v) Incentivo à criação de empresas prestadoras de serviços de táxi;
- (vi) Previsão de que serviços de rádio-táxi possam atender passageiros em rodoviárias, ferroviárias e aeroportos;
- (vii) Previsão de que os taxistas possam recolher passageiros em qualquer ponto fixo da cidade.

Concluída a sua análise, a SDE houve por bem encaminhar estes autos ao CADE para que este Conselho, em assim julgando oportuno, adotasse as providências previstas no art. 7º, inciso X, da Lei nº 8.884/94.

## 2. Considerações iniciais sobre o mercado de táxis e sua regulação

Os serviços de táxi constituem um mercado de grande interesse público, na medida em que complementam outros tipos de transporte urbano, oferecendo serviços durante 24 horas e conduzindo passageiros de um ponto específico a outro.<sup>2</sup>

Normalmente, tais serviços são prestados em três modalidades: (i) táxis de rua (*hail or cruising cabs*), que circulam pelas ruas buscando passageiros que acenem; (ii) táxis de ponto (*stand or rank cabs*), que ficam parados em pontos previamente especificados, como aeroportos, rodoviárias e hotéis, no aguardo de passageiros; e (iii) rádio-táxis (*dispatch cabs*), associados a uma empresa que atende os consumidores por meio de uma central telefônica e despacha os táxis via rádio-comunicação para onde se encontrar o passageiro (Estudo Conjunto SDE/SEAE nº 01/2008, fls. 148/161).<sup>3</sup>

Conforme será especificado adiante, o mercado em questão apresenta falhas que podem levar a uma alocação ineficiente de recursos, em prejuízo dos consumidores.<sup>4</sup> Tais imperfeições econômicas, juntamente com

---

<sup>2</sup> AUSTRÁLIA. Productivity Commission. **Regulation of the Taxi Industry**. Canberra: Ausinfo, 1999, p. VII.

<sup>3</sup> AUSTRÁLIA. Op. cit., p. 3; FRANKENA, Mark W.; PAUTLER, Paul A. **An Economic Analysis of Taxicab Regulation**. U.S. Federal Trade Commission, 1984, p. 2; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Competition Committee. **Taxi Services Regulation and Competition**. Roundtables on Competition Policy nº 81, Paris, Out. 2007, p. 18.

<sup>4</sup> FRANKENA, Mark W.; PAUTLER, Paul A. Op. cit., p. 2.

questões de segurança dos passageiros, alternativas a turistas e interesse como transporte público têm justificado a regulação desse mercado em todo o mundo.<sup>5</sup>

No Brasil, conforme demonstrado pela SDE (fl. 139), a competência para regular os serviços de táxi é municipal (Constituição Federal, art. 30, incisos I e V). A regulação desse mercado normalmente abarca a regulação de tarifas, a regulação de oferta e a regulação de segurança e qualidade do serviço.<sup>6</sup> A análise de tal regulação, com foco na legislação do Distrito Federal, será efetuada a seguir, tendo como base as recomendações da SDE, estudos de outras autoridades antitruste pelo mundo e fontes doutrinárias que abordam o tema.

Vale ressaltar que, sendo o presente documento um instrumento de diretriz para a prática de atos de advocacia da concorrência e que a regulação de táxis deve obedecer às peculiaridades de cada Município, serão prioritariamente enfatizadas as vantagens e desvantagens de cada abordagem regulatória, e não o alcance de uma solução de caráter peremptório.

### 3. Regulação de tarifas

#### 3.1. Argumentos para a regulação de tarifas no mercado de táxis e tipos de regulação

Ao se tratar da regulação de tarifas no mercado de táxis, pode-se falar, basicamente, em três modelos: (i) uma tarifa única a ser cobrada por todos os táxis; (ii) uma tarifa-teto que possibilite aos taxistas conceder descontos abaixo do valor máximo; ou (iii) simplesmente a ausência de regulação tarifária, permitindo aos taxistas fixar preços livremente. É possível, outrossim, a diferenciação de tarifas de acordo com horários (de pico ou de baixo movimento), intempéries climáticas, passageiros adicionais, bagagens e serviços para destinos localizados fora da municipalidade.<sup>7</sup>

Grande parte dos centros urbanos de algum modo regulam tarifas de táxi.<sup>8</sup> Tal regulação, segundo seus defensores, é justificada por falhas de mercado inerentes ao setor, notadamente assimetrias de informação que colocam os consumidores em uma posição de desvantagem relativamente aos taxistas. Ao contratar um táxi, especialmente os de rua e de ponto, os

---

<sup>5</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Op. cit.

<sup>6</sup> AUSTRÁLIA. Op. cit., p. VII; REINO UNIDO. Office of Fair Trading. **The regulation of licensed taxi and PHV services in the UK**. Nov. 2003, p. 2; GWILLIAM, Kenneth M. Regulation of Taxi Markets in Developing Countries: Issues and Options. **Transport Notes**, Urban Transport Thematic Group, The World Bank, Washington/DC, No. TRN-3, fev. 2005, p. 3. Todos esses estudos de algum modo contemplam a análise de regulação tarifária, de oferta e de segurança e qualidade.

<sup>7</sup> FRANKENA, Mark W.; PAUTLER, Paul A. **An Economic Analysis of Taxicab Regulation**. U.S. Federal Trade Commission, 1984, p. 24.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 22.

passageiros não têm condições de procurar os melhores preços e serviços. Esses consumidores normalmente não podem prever quando um outro táxi passará e tampouco se cobrará uma tarifa maior ou menor. Em suma, dificilmente tenderiam a rejeitar um táxi, pois estariam incertos sobre quando um outro táxi passaria e quanto este táxi cobraria (tal argumento é ainda mais incisivo em se tratando de turistas ou passageiros com dificuldades de locomoção).<sup>9</sup> Sob tais circunstâncias, os taxistas também dificilmente se beneficiariam de praticar preços mais baixos, o que conseqüentemente levaria a tarifas mais elevadas.<sup>10</sup>

Tal assimetria de informação, que justificaria uma regulação tarifária, é visivelmente menor em se tratando de rádio-táxis, já que nesse caso os passageiros podem, a princípio, pesquisar melhores preços e serviços antes de contratarem o serviço.<sup>11</sup> Em razão disso, a autoridade antitruste australiana, por exemplo, aventa a possibilidade de que, em pequenos centros urbanos, onde o segmento de rádio-táxi seja dominante, a tarifação seja livre de qualquer regulação. Em outros centros urbanos, também poderia ser possível a consolidação de um regime de tarifação mista, no qual táxis de ponto e de rua tivessem seus preços regulados e rádio-táxis não.<sup>12</sup>

Mesmo no segmento de rádio-táxis, porém, a ausência regulatória gera possíveis problemas. Em primeiro lugar, o tempo e o custo extras despendidos na pesquisa de tarifas tende a desfavorecer pequenos operadores. Nesse sentido, o mercado de rádio-táxis tende a ser dominado por cooperativas de grande ou médio porte, havendo o risco de que não haja empresas suficientes para gerar um ambiente de competição efetivo.<sup>13</sup> Por outro lado, conforme reconhecido pelo próprio estudo desenvolvido pelas autoridades australianas, um regime de tarifação mista pode ser demasiadamente complexo, sendo custoso ao regulador e confuso para os consumidores, sem falar que a alta substitutibilidade entre os diferentes segmentos de táxis (rua, ponto e rádio) pode levar a uma confusão de tarifas ainda maior. A princípio, portanto, o mais adequado, no entender da autoridade australiana, seria adotar um regime de regulação tarifária pura<sup>14</sup> ou simplesmente a ausência de tarifação (em condições específicas).<sup>15</sup>

---

<sup>9</sup> REINO UNIDO. Office of Fair Trading. The regulation of licensed taxi and PHV services in the UK. Nov. 2003, p. 9.

<sup>10</sup> GWILLIAM, Kenneth M. Regulation of Taxi Markets in Developing Countries: Issues and Options. Transport Notes, Urban Transport Thematic Group, The World Bank, Washington/DC, No. TRN-3, fev. 2005, p. 2.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>12</sup> AUSTRÁLIA. Productivity Commission. Regulation of the Taxi Industry. Canberra: Ausinfo, 1999, pp. 20 e 21.

<sup>13</sup> GWILLIAM, Kenneth M. Op. Cit., p. 2.

<sup>14</sup> Um regime de tarifação que não seja misto. No caso da Austrália, sugeriu-se um regime de tarifas máximas ou um regime de "posted prices", no qual os táxis devem reportar à autoridade regulatória as tarifas que desejam cobrar. Também poderia haver tarifação especial para táxis que operam em aeroportos.

<sup>15</sup> AUSTRÁLIA. Productivity Commission. Regulation of the Taxi Industry. Canberra: Ausinfo, 1999, p. 21.

Como dito anteriormente, em se optando por um regime de regulação tarifária duas são as alternativas básicas: um modelo de tarifa única ou um modelo de tarifa-teto. Ambas têm uma grande vantagem, e por isso são comumente utilizadas: proteger os consumidores de abusos de preços dos taxistas provocados pela mencionada assimetria de informação presente nesse mercado. Não obstante, a utilização de uma tarifa-teto, ou seja, uma tarifa máxima passível de redução pelos taxistas, é sem dúvida preferível a um regime regulatório de tarifa única, segundo pesquisado. Isso porque, tal como uma tarifa única, uma tarifa-teto também neutralizaria os efeitos nocivos gerados aos consumidores pela assimetria de informações nesse mercado. Ao contrário da tarifa única, porém, um modelo de tarifa máxima proveria ao mercado flexibilidade o suficiente para que os táxis ainda competissem entre si, oferecendo descontos e melhores serviços aos consumidores.<sup>16</sup>

Poucos são os defensores de um regime livre de regulação tarifária. Os partidários de uma desregulamentação de preços defendem que as assimetrias de informações que supostamente prejudicariam os consumidores apenas atingem uma parcela pequena de passageiros, como aqueles que não contratam táxis com frequência. Tais deficiências de informação poderiam ser enfrentadas por meio da experiência dos consumidores e barganha. Ao mesmo tempo, argú-se que o mercado de táxis é potencialmente competitivo, e não tendente à monopolização, como alguns argumentam, haja vista as baixas barreiras à entrada (caso retiradas as barreiras regulatórias, claro) e a introdução de novas tecnologias, como telefones móveis, que diminuem os custos de operação de novos entrantes.<sup>17</sup>

Também são dignas de nota as dificuldades inerentes a um processo de regulação de preços. Com efeito, a fixação artificial de tarifas em níveis razoavelmente corretos é uma tarefa complexa e custosa, além de gerar inflexibilidades (evidentemente, a alteração de preços em um ambiente regulado não se faz com a mesma agilidade que em um regime livre)<sup>18</sup> e requerer monitoramento constante, a fim de que a tarifa se adéque corretamente aos custos, oferta e demanda de cada período<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> AUSTRÁLIA. Op. cit., p. 21; GWILLIAM, Kenneth M. of Taxi Markets in Developing Countries: Issues and Options. Transport Notes, Urban Transport Thematic Group, The World Bank, Washington/DC, No. TRN-3, fev. 2005, p. 5; REINO UNIDO. Office of Fair Trading. The regulation of licensed taxi and PHV services in the UK. Nov. 2003, p. 9; FRANKENA, Mark W.; PAUTLER, Paul A. An Economic Analysis of Taxicab Regulation. U.S. Federal Trade Commission, 1984, p. 155; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Competition Committee. Taxi Services Regulation and Competition. Roundtables on Competition Policy nº 81, Paris, Out. 2007, p. 9.

<sup>17</sup> HARRIS, Lee A. Taxicab Economics: The Freedom to Contract for a Ride. **The Georgetown Journal of Law & Public Policy**, Washington/DC, vol. 1, p. 195-222, 2002-2003, pp. 202-207.

<sup>18</sup> REINO UNIDO. Op. cit., p. 9.

<sup>19</sup> HARRIS, Lee A. Taxicab Economics: The Freedom to Contract for a Ride. **The Georgetown Journal of Law & Public Policy**, Washington/DC, vol. 1, p. 195-222, 2002-2003, p. 216.



Apesar disso, contudo, a literatura sobre o tema não é favorável à completa desregulamentação das tarifas de táxi. As já mencionadas assimetrias de informação que tornam os consumidores vulneráveis diante dos taxistas são consideradas significativas e a probabilidade de abusos no caso de uma completa desregulamentação é tida como alta.<sup>20</sup> Tais assimetrias, que fazem com que os consumidores normalmente contratem o primeiro táxi disponível, geram um cenário mercadológico no qual os taxistas não têm incentivos a baixarem preços.<sup>21</sup> Na visão dos defensores de uma regulação tarifária (maioria da literatura pesquisada), portanto, os benefícios e a necessidade de tal regulação superam os custos de sua implementação.<sup>22</sup>

Dito isso, um regime de tarifas máximas, como já mencionado, seria preferível a um regime de tarifas únicas, haja vista proporcionar as mesmas vantagens básicas que este último, sem, contudo, neutralizar por completo a competição entre os táxis.<sup>23</sup>

### 3.2. (Im)possibilidade de descontos no Distrito Federal

A ProCADE e a SDE questionaram a aplicação do artigo 41, inciso IV, da Lei Distrital nº 4.056/2007, que assim versa:

*“Art. 41. Constituem obrigações dos permissionários autônomos, dos motoristas de pessoas jurídicas, dos motoristas auxiliares e dos titulares ou sócios de pessoas jurídicas que atuem como motorista, além do fiel cumprimento das normas do Código de Trânsito Brasileiro e das estabelecidas no art. 39: (...)*

*IV – cobrar o valor exato pela corrida, conforme registrado no taxímetro;”*

---

<sup>20</sup> AUSTRÁLIA. Productivity Commission. **Regulation of the Taxi Industry**. Canberra: Ausinfo, 1999, p. 21; GWILLIAM, Kenneth M. Regulation of Taxi Markets in Developing Countries: Issues and Options. **Transport Notes**, Urban Transport Thematic Group, The World Bank, Washington/DC, No. TRN-3, fev. 2005, p. 5; REINO UNIDO. Office of Fair Trading. **The regulation of licensed taxi and PHV services in the UK**. Nov. 2003, p. 9; FRANKENA, Mark W.; PAUTLER, Paul A. **An Economic Analysis of Taxicab Regulation**. U.S. Federal Trade Commission, 1984, p. 155; NOVA ZELÂNDIA. Report of the Controller and Auditor-General. AROTAKE, Tumuaki o te Mana. **Effectiveness of controls over the taxi industry**. Jun. 2005; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Competition Committee. **Taxi Services Regulation and Competition**. Roundtables on Competition Policy nº 81, Paris, Out. 2007, p. 17.

<sup>21</sup> GWILLIAM, Kenneth M. Op. cit., p. 2; REINO UNIDO. Op. cit., p. 65.

<sup>22</sup> REINO UNIDO. Op. cit., p. 9.

<sup>23</sup> AUSTRÁLIA. Op. cit., p. 21; GWILLIAM, Kenneth M. Op. cit., p. 5; REINO UNIDO. Op. cit., p. 9; FRANKENA, Mark W.; PAUTLER, Paul A. Op. cit., p. 155; NOVA ZELÂNDIA. Op. cit.; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Op. cit., p. 9.

Muito embora a Secretaria de Transportes do Distrito Federal, por meio de sua Assessoria Jurídico-Legislativa, tenha afirmado que o objetivo da Lei é apenas proibir o desconto “direto no taxímetro”, e não impedir que os taxistas concedam descontos à parte a seus clientes (fls. 74/77)<sup>24</sup>, o texto do referido dispositivo legal dá margem a uma interpretação no sentido de que todos os taxistas devam cobrar uma mesma tarifa de seus passageiros, sem possibilidade de descontos. Em suma, discute-se se a Lei Distrital nº 4.056/2007 instituiu um regime de tarifa única inflexível ou um regime de tarifa máxima, com a possibilidade de descontos. Embora a manifestação da Secretaria de Transportes nestes autos tenha apontado no sentido de ser possível a prática de descontos, não se sabe ao certo se todos os taxistas assim também interpretaram a Lei (os depoimentos presentes nos autos indicam que não<sup>25</sup>), nem se uma eventual interpretação de um novo Governo ou mesmo do Judiciário, em juízo, seria no mesmo sentido. Ademais, a própria Lei Distrital, em seu art. 36<sup>26</sup>, estabelece que a tarifa fixada será única em todo o Distrito Federal, contradizendo o argumento que indica ser possível a prática de descontos.

Em razão disso, recomendou a SDE que a Secretaria de Transportes, ao regulamentar a referida Lei Distrital, deixasse clara a possibilidade dos taxistas concederem descontos. Em outras palavras, recomendou-se a instituição, de modo claro, de um regime de tarifa-teto.

Conforme esposado na seção anterior, tal regime de regulação é, efetivamente, considerado mais adequado pela literatura relativa ao tema. Tanto um regime de tarifa única quanto um regime de tarifa máxima serão benéficos no sentido de coibir abusos de preços por parte dos taxistas. Um regime de tarifa máxima, contudo, tem uma vantagem adicional considerável, na medida em que permite a continuidade de um ambiente de competição entre os táxis, proporcionando maior possibilidade de escolha por parte dos consumidores, menores preços e mais qualidade nos serviços.

O fato de haver no Distrito Federal, previamente à nova legislação, cooperativas de táxi que concediam descontos de 30% ou mais<sup>27</sup> é uma evidência clara da possibilidade de maior competição nesse mercado, tendo como resultado preços e serviços mais vantajosos aos consumidores. Um regime de tarifação única retira esse benefício do mercado, provoca aumento nos preços

---

<sup>24</sup> “a Lei Distrital nº 4.056/07 proíbe é o desconto direto no taxímetro, ou seja, o valor aferido no taxímetro a um trajeto percorrido por um taxista tem que ser igual a todos os táxis, porém o valor cobrado pelo taxista pode ser diferenciado, a Lei não proibiu o desconto. Assim, o desconto fica alvedrio do proprietário do Táxi.” (Pronunciamento nº 30/2008 da Assessoria Jurídico-Legislativa da Secretaria de Transportes do Distrito Federal).

<sup>25</sup> Há declarações de proprietários de rádio-táxis, por exemplo, de que “o desconto no taxímetro não é permitido porque a lei prevê tarifa única” (fl. 71) e que “depois da nova lei houve unificação da tarifa” (fl. 72).

<sup>26</sup> “Art. 36. A tarifa definida no estudo técnico tratado no artigo anterior será única para todo o Distrito Federal.”

<sup>27</sup> Fls. 38/39 dos autos.

e privilegia empresas menos eficientes, em detrimento do bem-estar do consumidor.

### 3.3. Forma de concessão dos descontos

Dependendo da interpretação que se faça da Lei Distrital, em um regime de tarifa máxima os taxistas poderiam conceder descontos de duas maneiras: (i) o desconto pode ser aferido diretamente no taxímetro pré-programado, ou seja, o preço que aparecesse no taxímetro já incluiria o desconto praticado por aquele táxi; ou (ii) o desconto pode ser calculado logo após a corrida. Nesse caso, o preço da corrida mostrado no taxímetro seria calculado de acordo com a tarifa máxima, mas o taxista concederia, então, um desconto sobre aquele valor, de acordo com a política de preços da empresa.

No entender da SDE, a atual forma de concessão de descontos no Distrito Federal (calculado informalmente após a corrida, e não diretamente no taxímetro) não é a mais benéfica ao consumidor, haja vista que este, no momento de obter o desconto, “fica completamente à mercê do cálculo informal do taxista”, que tenderia, por sua vez, a “arredondar” para cima o valor da corrida. Em razão disso, recomendou a SDE que, na regulamentação da Lei Distrital nº 4.056/2007, “haja a previsão de que o desconto seja diretamente auferido por taxímetro pré-programado”.

Discussões sobre a melhor forma de se conceder o desconto (calculado informalmente após a corrida ou diretamente no taxímetro) não são propriamente alvo dos estudos pesquisados sobre o mercado de táxis e parecem ser secundárias. O que todos os estudos recomendam, de alguma maneira, é que efetivamente haja a possibilidade de concessão de descontos e de negociação entre taxistas e passageiros, ainda que sob uma tarifa máxima. Nesse sentido, mesmo que o desconto fosse medido diretamente no taxímetro, seria certamente louvável que os passageiros pudessem negociar um desconto ainda maior com os taxistas, mesmo que informalmente.<sup>28</sup>

Ambas as formas de concessão de descontos apresentam vantagens e desvantagens. O desconto calculado após a corrida, conforme relatado pela SDE, efetivamente faz com que o passageiro tenha que, ele mesmo, conferir se o desconto calculado pelo taxista está correto, o que gera um custo para o consumidor. Por outro lado, nada impede que, ao aferir que o desconto foi dado erroneamente, o consumidor reclame ao próprio taxista e, caso este não corrija o valor, que o passageiro contate os órgãos de defesa do consumidor ou simplesmente não pague o valor erroneamente cobrado. Tal

---

<sup>28</sup> REINO UNIDO. Office of Fair Trading. The regulation of licensed taxi and PHV services in the UK. Nov. 2003, p. 9.

processo não é em nada diferente do que ocorreria em uma loja de outro produto qualquer. A bem da verdade, o fato de um prestador de serviços (no caso um taxista) isoladamente deixar de aplicar um desconto que havia publicizado é questão mais afeta ao Direito do Consumidor do que ao Direito da Concorrência, já havendo inclusive dispositivos no Código de Defesa do Consumidor destinados a coibir práticas como essa (publicidade enganosa)<sup>29</sup>.

Um outro ponto que diferencia a prática de descontos pré-programados no taxímetro e os descontos calculados após a corrida diz respeito à agilidade com que as empresas de táxi poderão alterar suas tarifas. Havendo um regime de descontos informalmente calculados após a corrida, uma cooperativa de táxis pode responder mais rápido aos estímulos do mercado. Por exemplo, se uma cooperativa passa a conceder um desconto de 25%, sua concorrente poderia, a fim de atrair clientes, rapidamente passar a conceder um desconto de 30%.

No caso de um regime de descontos pré-programados no taxímetro, cada vez que uma empresa de táxis desejasse alterar suas tarifas e conceder descontos os taxistas teriam que re-programar seus taxímetros, tendo que recorrer a uma empresa especializada para inspeção, alteração e colocação de novo laque, o que geraria custos aos taxistas e requeria um maior período de tempo.<sup>30</sup> Os custos gerados aos taxistas em razão de um regime dessa natureza, custos esses tanto monetários quanto de tempo, não só prejudicariam a rapidez e a facilidade com que uma empresa de táxis poderia alterar seus descontos de acordo com as condições do mercado, como poderiam até mesmo desincentivar a prática de descontos, haja vista as dificuldades e custos envolvidos no processo de redução de preços.

---

<sup>29</sup> “Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;”

“Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.”

“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.”

“Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.”

“Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.”

<sup>30</sup> Nos termos do art. 24, VIII, da Lei Distrital nº 4.056/2007, os táxis devem apresentar: “VIII – taxímetro e aparelhos registradores, em modelo aprovado pela unidade gestora, devidamente aferidos e lacrados pelo órgão competente” e, nos termos do art. 39, II, é dever dos taxistas: “II – velar pela inviolabilidade do taxímetro, aparelhos registradores e outros instalados no veículo”.

A alteração de tarifas em taxímetros é um serviço peculiar, que envolve a verificação de dados e retirada do taxímetro por um técnico, a entrega de documentos para emissão de Guia, a troca do chip eletrônico com o registro dos novos valores da tarifa, recolocação do taxímetro e teste na pista de rodagem, colocação de um selo de reparo e de um novo lacre, efetivação do pagamento e recolhimento de documentos. Tal serviço só pode ser realizado por empresas credenciadas pelo INMETRO. Em razão disso e da peculiaridade do serviço, as barreiras à entrada nesse mercado são significativas e normalmente há poucas empresas prestando tal serviço.<sup>31</sup> Assim sendo, o processo de troca de tarifas no taxímetro é, de fato, complexo e apresenta custos potencialmente bastante elevados aos taxistas.

Em suma, portanto, muito embora um sistema de descontos pré-programados no taxímetro possa, em tese, gerar maior segurança (caso haja uma fiscalização eficaz), um sistema de descontos calculados informalmente pode fornecer maior flexibilidade e agilidade ao mercado, evitar custos aos taxistas e favorecer a concessão dos descontos.

Também não se pode ignorar que o desconto concedido diretamente no taxímetro pré-programado gera um custo de fiscalização ao órgão regulador. Em se adotando essa forma de desconto, o órgão municipal teria que fiscalizar a regularidade dos taxímetros que oferecem tarifa reduzida, sob pena de os consumidores pagarem, sem sequer se dar conta, por um valor superior ao que efetivamente deveria ser cobrado, caso haja adulterações nos taxímetros. Quando um desconto é calculado informalmente após a corrida de forma errônea, o passageiro ao menos tem meios de saber que está sendo lesado (basta rever o cálculo do taxista). No caso de um taxímetro pré-programado adulterado, o consumidor sequer saberá que está sendo prejudicado e, conseqüentemente, não terá condições de tomar quaisquer providências a respeito. De outro lado, porém, é possível argumentar que a fiscalização da regularidade dos taxímetros é necessária independentemente da prática de descontos diretos ou não, e que portanto os custos de fiscalização são os mesmos em qualquer dos casos.

Dentre os estudos de outras autoridades regulatórias, o documento divulgado pela autoridade da Nova Zelândia foi o único a analisar mais detidamente os aspectos de fiscalização do mercado de táxis. Naquele país, onde em 2004 havia cerca de 192 táxis para cada agente de fiscalização, ainda assim foi constatado um alto nível de desatendimento às normas regulatórias por parte dos taxistas, havendo recomendação da autoridade neozelandesa no sentido de se aumentar a fiscalização.<sup>32</sup> Não há, nos autos, dados acerca dos

---

<sup>31</sup> Por meio do Processo Administrativo nº 08012.007602/2003-11, julgado em 2007, o CADE condenou empresas prestadoras de serviços de manutenção de taxímetros em Porto Alegre pela prática de cartel. As informações acerca desse mercado aqui consignadas foram extraídas do Voto do Conselheiro Relator Abraham Benzaquem Sicsú.

<sup>32</sup> NOVA ZELÂNDIA. Report of the Controller and Auditor-General. AROTAKE, Tumuaki o te Mana. **Effectiveness of controls over the taxi industry**. Jun. 2005.

custos ou eficiência da fiscalização de táxis no Distrito Federal, mas é certo que tais custos certamente devem ser levados em conta pelas autoridades regulatórias municipais ao optarem por uma ou outra forma de desconto.

Não há dúvida de que cada sistema apresenta vantagens e desvantagens, que devem ser consideradas pelas autoridades municipais de acordo com a cultura, especificidades, custos e capacidade de fiscalização de cada local. O crucial é que haja, efetivamente, a possibilidade de competição de preços entre os táxis, ainda que sob uma tarifa-teto, sendo necessário, para tanto, previsão expressa possibilitando a prática de descontos, da forma que for mais conveniente ao Município.

### 3.4. Livre publicidade

Constam dos autos declarações de proprietários de empresas de rádio-táxi consignando que “procurou o Secretário de Transportes do DF que afirmou que a nova Lei Distrital não proíbe o desconto mas veda a divulgação do desconto, seja por qualquer meio, inclusive por meio de adesivos nos carros”, que “depois da nova Lei os taxistas foram obrigados a retirar os adesivos que informavam ‘30% de desconto’ nos táxis” (fl. 39) e que “a nova lei proibiu a divulgação dos adesivos colocados nas laterais do carro informando o desconto de 30% em função da unificação da tarifa” (fl. 72).

Nota-se, assim, que muitos taxistas (e possivelmente a própria Secretaria de Transportes do Distrito Federal) interpretaram a nova Lei Distrital no sentido de estar a proibir – senão os próprios descontos, como já dito – a sua divulgação, por qualquer meio. A esse respeito, a SDE recomendou uma “melhor visualização das tarifas e dos descontos praticados por meio de adesivos nas laterais do táxi”.

A publicidade é um importante meio que o consumidor possui para ser informado sobre os preços e descontos praticados por um comerciante, e é, portanto, um componente de grande valor para a dinâmica competitiva de um mercado.<sup>33</sup> No caso do mercado de táxis, a publicidade é essencial, já que, pelas razões já descritas em seções anteriores, o passageiro não tem condições de pesquisar táxi por táxi até encontrar o serviço mais vantajoso.

---

<sup>33</sup> FUMAGALLI, Chiara; MOTTA, Massimo. **Advertising restrictions in professional services.** In: AMATO, Giuliano; LAUDATI, Laraine L. (Ed.). **The Anticompetitive Impact of Regulation.** Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2001, p. 51.

Especialmente em mercados que apresentam assimetrias de informação (como é o caso do mercado de táxis), restrições à publicidade são consideradas extremamente prejudiciais ao bem-estar econômico, uma vez que limitam ainda mais a quantidade de informações disponíveis aos consumidores, agravando a assimetria entre estes e os prestadores dos serviços.<sup>34</sup>

Em mercados de serviços profissionais, proibições à publicidade são comumente embasadas na proteção dos consumidores contra propagandas enganosas e contra uma difusão indesejável de informações pelos prestadores de serviços. A literatura rejeita tais postulados, uma vez que já existem normas consumeristas destinadas a coibir propagandas enganosas e que a maior difusão de informações por meios publicitários, ao contrário, protege os consumidores, na medida em que lhes fornece mais dados para análise e maior quantidade de informação para que escolham o serviço mais apropriado.<sup>35</sup>

Outros argumentos utilizados para justificar eventuais restrições à publicidade dizem respeito à suposta diminuição na qualidade dos serviços e ao suposto aumento na concentração de mercado em decorrência da publicidade. Mais uma vez, a literatura rebate tais inferências. Não há evidências de que uma maior publicidade diminua a qualidade dos serviços ou concentre o mercado. Ao contrário, evidências empíricas demonstram que a publicidade reduz preços e facilita a entrada de novos agentes, não afetando a qualidade dos serviços. Restrições a propagandas, por outro lado, são consideradas anticompetitivas e redutoras do bem-estar do mercado.<sup>36</sup>

Se os taxistas forem proibidos de divulgar seus preços e descontos, perdem-se os argumentos das seções acima a favor de um mercado de táxis no qual possa haver uma maior competição entre os agentes, com a concessão de descontos. De fato, de nada adianta instituir um mercado no qual os taxistas são formalmente autorizados a conceder descontos (e, portanto, a competir entre si, gerando melhores preços e serviços aos consumidores), se os consumidores, beneficiários desse desconto, não têm meios para tomar conhecimento desses benefícios. A lógica competitiva reside no fato de os consumidores buscarem os serviços daquele prestador que oferece os melhores preços e condições. Se o consumidor não possuir meios de aferir qual é o preço cobrado por cada prestador, simplesmente não há competição. O consumidor passa a escolher não o táxi com o serviço mais vantajoso, mas sim o primeiro que, por obra do acaso, esteja passando.

---

<sup>34</sup> FUMAGALLI, Chiara; MOTTA, Massimo. **Advertising restrictions in professional services.** In: AMATO, Giuliano; LAUDATI, Laraine L. (Ed.). **The Anticompetitive Impact of Regulation.** Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2001, p. 49.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>36</sup> A fim de chegar a tal conclusão, FUMAGALLI e MOTTA analisaram diversos estudos empíricos realizados nos EUA, Reino Unido e Canadá, direcionados a verificar os efeitos da publicidade em mercados de serviços profissionais. *Ibidem*, pp. 61-64.

A proibição de propagandas, no caso, apenas apresenta vantagens para as empresas ineficientes atuantes nesse mercado, em detrimento do bem-estar do consumidor, havendo, por outro lado, inúmeros benefícios à sociedade na possibilidade de divulgação de descontos e condições de serviço.

### 3.5. Diferenciação de tarifas em razão de fatores diversos

É comum, em todo o mundo, haver diferenciação de tarifas de acordo com fatores como horários, dias da semana, intempéries climáticas, passageiros adicionais e bagagens.<sup>37</sup>

No Distrito Federal, conforme consignado no art. 38 da Lei Distrital nº 4.056/2007, são incorporados à tarifa os seguintes adicionais:

*“Art. 38. (...)*

*I – bandeira 2, correspondente ao valor do quilômetro rodado na bandeira 1, acrescido de cinqüenta por cento, nas seguintes situações:*

- a) das vinte horas às seis, de segunda-feira a sexta-feira;*
- b) durante as vinte e quatro horas dos sábados, domingos e feriados;*
- c) em vias não pavimentadas;*
- d) em áreas onde houver placas de sinalização própria indicativa;<sup>38</sup>*
- e) quando houver mais de três passageiros, não computados os menores de sete anos;*

*II – quando a bagagem ou volume exceder uma mala normal e dois volumes de mão, serão observados os seguintes limites:*

---

<sup>37</sup> FRANKENA, Mark W.; PAUTLER, Paul A. **An Economic Analysis of Taxicab Regulation**. U.S. Federal Trade Commission, 1984, p. 24.

<sup>38</sup> Por exemplo, corridas que tenham como origem ou destino o Aeroporto. Fonte: Site da Secretaria de Transportes do Distrito Federal. Disponível em: [http://www.st.df.gov.br/005/00502001.asp?ttCD\\_CHAVE=5460](http://www.st.df.gov.br/005/00502001.asp?ttCD_CHAVE=5460). Acesso em 25/02/2009.



- f) *dez por cento do valor da corrida, para cada volume excedente, não podendo exceder cinquenta por cento do valor cobrado pela corrida;*
- g) *excesso de bagagem ou volume terá como limite a capacidade de carga do veículo;*

*III – hora parada, correspondente ao valor marcado pelo taxímetro por ocasião da espera do passageiro e quando o veículo enfrentar congestionamento de trânsito.”*

Variações tarifárias em razão do dia e horário, como de pico ou pouco movimento, possuem uma lógica econômica e podem ser benéficas no sentido de regular a oferta de táxis. Faz sentido, por exemplo, que em horários de pouco movimento de passageiros, como durante a madrugada ou fins de semana, a tarifa sofra algum aumento, a fim de garantir a oferta de táxis mesmo nos períodos em que os taxistas têm menos oportunidades de conseguir um passageiro.<sup>39</sup> Já em horários de pico, que geram congestionamentos, ou quando o taxista está parado aguardando um passageiro, o táxi também fica impossibilitado de finalizar a corrida e partir para um próximo cliente. Assim, também pode haver racionalidade econômica em se adequar a tarifa de modo a garantir a oferta de táxis nessas situações.

O que se condena são aumentos oportunistas de tarifas em situações nas quais os consumidores encontrem-se em posição de desvantagem, como no caso de intempéries climáticas ou outras circunstâncias.<sup>40</sup> Nesse caso, a idéia é evitar que os taxistas utilizem sua posição de vantagem sobre os consumidores para praticar abusos.

Antes de autorizar cada adicional tarifário, é importante que o regulador pondere a necessidade de tal variação, tendo o cuidado de não autorizar aumentos oportunistas, que não sejam demandados por razões de qualidade ou segurança ou que sejam desprovidos de lógica econômica.

A ponderação, pela autoridade reguladora, sobre a necessidade de se impor uma tarifa extra em casos específicos deve observar, em suma, o princípio da proporcionalidade, “que impõe à Administração Pública: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse

<sup>39</sup> FRANKENA, Mark W.; PAUTLER, Paul A. Op. Cit., p. 3.

<sup>40</sup> GWILLIAM, Kenneth M. Regulation of Taxi Markets in Developing Countries: Issues and Options. **Transport Notes**, Urban Transport Thematic Group, The World Bank, Washington/DC, No. TRN-3, fev. 2005, p. 3.

público”<sup>41</sup>, segundo implicitamente contido no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/1999. Em se tratando de imposições regulatórias que afetam a livre concorrência e o bem-estar dos consumidores, como é o caso de tarifas de táxi reguladas, o princípio da proporcionalidade implica que: (i) a medida imposta (no caso a tarifa) seja apropriada para o alcance do objetivo visado (*element of appropriateness or suitability*); (ii) a medida seja necessária, no sentido de que não haja outra medida menos restritiva à disposição (*element of necessity*); e (iii) as restrições produzidas pela medida não sejam desproporcionais ao objetivo alcançado (*element of proportionality*).<sup>42</sup>

Cobranças superiores de tarifa para táxis levando ou buscando passageiros no aeroporto (como ocorre no Distrito Federal<sup>43</sup>), por exemplo, só se justificariam caso fosse desvantajoso aos taxistas fazer corridas a esse local, causando falta de oferta de táxis no ou para o aeroporto. Conforme será visto adiante, na seção 4.3, a oferta de táxis em aeroportos não costuma ser um problema, haja vista a grande demanda de corridas nesses locais, que atrai os taxistas. Assim sendo, não há, a princípio, razão para se cobrar tarifas adicionais de passageiros transitando em aeroportos. Ademais, uma eventual falta de oferta nesses locais poderia ser combatida por meio da retirada de restrições quantitativas no mercado de táxis, uma medida menos gravosa que a regulação tarifária.

De fato, não há dúvida que muitas vezes a necessidade de imposição de determinado ônus regulatório surge justamente em razão de uma outra restrição imposta pelo regulador. Como no exemplo recém citado, problemas de oferta em determinadas localidades, que fazem o regulador aumentar a tarifa nesses pontos, podem surgir justamente em razão da restrição regulatória à entrada de novos agentes no mercado. Se não houvesse esta restrição, possivelmente não seria necessário impor aquela. Nesse sentido, é importante que a autoridade regulatória pondere as conseqüências de suas escolhas e opte pelo melhor caminho observando o princípio da proporcionalidade. No caso mencionado, talvez o meio mais apropriado e menos gravoso de se atingir os objetivos alcançados fosse simplesmente não impor qualquer restrição, ao invés de se impor duas (a segunda com o objetivo de “consertar” a primeira).

---

<sup>41</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 72.

<sup>42</sup> Esse teste de três passos, que impõe o princípio da proporcionalidade a restrições regulatórias, segundo ressaltado por KOHL, tem origem no direito constitucional alemão, mas a União Européia, a Austrália e os Estados Unidos já o utilizam de forma muito similar. KOHL, Michael. **Constitutional limits to anticompetitive regulation: the principle of proportionality**. In: AMATO, Giuliano; LAUDATI, Laraine L. (Ed.). **The Anticompetitive Impact of Regulation**. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2001, p. 425-426.

<sup>43</sup> Fonte: Site da Secretaria de Transportes do Distrito Federal. Disponível em: [http://www.st.df.gov.br/005/00502001.asp?ttCD\\_CHAVE=5460](http://www.st.df.gov.br/005/00502001.asp?ttCD_CHAVE=5460). Acesso em 25/02/2009.

## 4. Regulação de oferta

### 4.1. Restrições à entrada

No Distrito Federal, a autoridade municipal regula o número de táxis autorizados a circular na cidade. Segundo apurado pela SDE, o número de permissões no Distrito Federal é de cerca de 3.400 táxis, desde a década de 1970 (fl. 145). A título de comparação, no DF há 1,38 táxi para cada 1.000 (mil) habitantes, enquanto na cidade de São Paulo há 3,03 táxis para cada 1.000 (mil) habitantes), em Londres, Inglaterra, 2,88<sup>44</sup> e em Washington D.C., EUA, 13,5 (fl. 145). Independentemente do fato de essas serem boas ou más comparações, o fato é que, proporcionalmente, o número de táxis no Distrito Federal é muito menor do que as cidades mencionadas e que, com efeito, o número de permissões no Estado permanece o mesmo há mais de 30 anos, muito embora a população tenha crescido consideravelmente desde então. Há nos autos declarações até mesmo de proprietários de empresas de táxi afirmando ser “um erro do Governo não conceder novas licenças” e apontando “a necessidade de maior número de permissões para Brasília” (fl. 71)

A esse respeito, o Estudo Conjunto SDE/SEAE nº 01/2008 assim sugere: “estudo preliminar mostra que muitas cidades brasileiras têm um número de licenças defasado em relação ao número de habitantes e estrutura de transporte público da cidade. É recomendável, portanto, que seja feito um levantamento para confirmar a insuficiência de licenças e que, em seguida, haja um aumento gradual do número de permissões. Também deve ser considerado como alternativa a introdução da entrada livre no mercado” (fl. 159).<sup>45</sup>

Aqueles que defendem que a quantidade de táxis circulando em um município seja controlada pela autoridade regulatória normalmente embasam seus argumentos nas seguintes premissas: (i) restrições de quantidade seriam necessárias para garantir qualidade e segurança do serviço, já que, tendo maiores lucros, os taxistas investiriam em segurança e qualidade do veículo,<sup>46</sup> e

---

<sup>44</sup> REINO UNIDO. Office of Fair Trading. The regulation of licensed taxi and PHV services in the UK. Nov. 2003, p. 27.

<sup>45</sup> Vale frisar que a própria Lei Distrital nº 4.056/2007 prevê, em seu art. 15, a elaboração de estudo técnico, no prazo de 90 (noventa) dias da publicação da Lei, destinado a definir a quantidade de permissões de táxi no Distrito Federal.

<sup>46</sup> AUSTRÁLIA. Productivity Commission. Regulation of the Taxi Industry. Canberra: Ausinfo, 1999, p. IX; REINO UNIDO. Op. cit., p. 5.

(ii) a presença de mais táxis contribuiria para o aumento dos congestionamentos e da poluição.<sup>47</sup>

A literatura rejeita esses argumentos.<sup>48</sup> O meio mais adequado e eficiente de se garantir segurança e qualidade no mercado de táxis, segundo argumentado, é por meio de uma regulação que adrese tais fatores especificamente, exigindo dos taxistas padrões mínimos de segurança e qualidade a serem obedecidos.<sup>49</sup> Não há evidências de que maiores lucros por parte dos taxistas, obtidos em razão de uma restrição artificial da oferta, serão necessariamente aplicados na segurança do veículo, não sendo o aumento forçado de lucros o melhor meio de se obter segurança e qualidade.

Também é rechaçado o argumento de que a livre entrada no mercado de táxis causaria aumento de congestionamentos e da poluição. Ao contrário, em alguns casos o aumento do número de táxis é encorajado justamente para *reduzir* congestionamentos e poluentes, haja vista que serviços de táxi eficientes encorajariam a população a usar menos seus veículos privados em centros urbanos.<sup>50</sup> Além disso, poluição e congestionamentos são externalidades negativas associadas a todos os tipos de veículos motores. Uma política de diminuição de tais externalidades que abarcasse apenas táxis (que representam uma parcela ínfima da frota total de uma cidade) provavelmente não atingiria resultados satisfatórios.<sup>51</sup>

A literatura analisada demonstra que as barreiras impostas à quantidade de táxis em operação não são justificadas por qualquer argumento racional, ao mesmo tempo em que reduzem a oferta de serviços, diminuindo as possibilidades de escolha do consumidor e restringindo a competição entre os agentes. Tais restrições geram custos significativos, que recaem diretamente sobre os consumidores.<sup>52</sup>

---

<sup>47</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Competition Committee. *Taxi Services Regulation and Competition*. Roundtables on Competition Policy nº 81, Paris, Out. 2007, p. 23; REINO UNIDO. Op. cit., p. 6.

<sup>48</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Op. Cit., p. 21.

<sup>49</sup> AUSTRÁLIA. Commission. Op. Cit., p. IX; REINO UNIDO. Op. Cit., p. 5.

<sup>50</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Competition Committee. **Taxi Services Regulation and Competition**. Roundtables on Competition Policy nº 81, Paris, Out. 2007, p. 23.

<sup>51</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Op. Cit., p. 24; REINO UNIDO. Office of Fair Trading. **The regulation of licensed taxi and PHV services in the UK**. Nov. 2003, p. 6.

<sup>52</sup> AUSTRÁLIA. Productivity Commission. **Regulation of the Taxi Industry**. Canberra: Ausinfo, 1999, p. IX; FRANKENA, Mark W.; PAUTLER, Paul A. **An Economic Analysis of Taxicab Regulation**. U.S. Federal Trade Commission, 1984, p. 155; REINO UNIDO. Op. cit., p. 5; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Op. cit., p. 7.

As experiências de flexibilização do mercado de táxis, com o conseqüente aumento da competição, geraram diversos benefícios, como a melhoria (e não a piora) na qualidade dos serviços, inovações e diminuição no tempo de espera dos passageiros.<sup>53</sup>

Com relação aos preços, é certo que, em razão do aumento da competição provocado pelo maior número de agentes no mercado, as tarifas tendem a cair.<sup>54</sup> Experiências anteriores demonstram que, após reformas regulatórias no sentido de liberar a entrada de novos táxis, as tarifas, com freqüência, sofrem reduções. Em alguns casos, porém, um aumento de preços pós- reforma pode vir a ocorrer em conseqüência de uma fixação artificialmente baixa de preços durante o período de regulação antecedente. Ademais, se as tarifas não forem reguladas, mesmo em um ambiente de abertura de mercado, ainda é possível que os agentes sejam capazes de praticar preços acima dos patamares competitivos, em razão das falhas de mercado relatadas na seção 3, que tratou da regulação tarifária do mercado de táxis. Recomenda-se, portanto, que algum tipo de regulação de tarifas seja mantida (conforme argumentado anteriormente, um regime de tarifas máximas, por exemplo), ainda que o mercado seja aberto para a entrada de novos agentes.<sup>55</sup>

É importante destacar, outrossim, as dificuldades de se manter uma regulação que controle o número de agentes no mercado. A determinação de um nível ótimo de oferta requer um número significativo de informações relativas à demanda, elasticidade-preço, tempo de espera de passageiros e diversas outras. Não há um modelo largamente aceito que seja capaz de guiar as autoridades no sentido de fixar um nível razoavelmente correto de oferta e, de fato, em tais condições os reguladores raramente são capazes de fazer estimações consistentes e confiáveis dessa natureza.<sup>56</sup>

Por outro lado, os custos de fiscalização de um regime regulatório dessa natureza também são altos. Tal fato comprova-se, por exemplo, pelo considerável mercado irregular de permissões no Distrito Federal. Embora a concessão e a transferência de permissões de táxi sejam regulamentadas por

---

<sup>53</sup> AUSTRÁLIA. Op. cit., p. IX; REINO UNIDO. Op. cit., pp. 4 e 5; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Op. cit., p. 8.

<sup>54</sup> AUSTRÁLIA. Op. cit., p. IX.

<sup>55</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Op. Cit., pp. 8 e 9; GWILLIAM, Kenneth M. Regulation of Taxi Markets in Developing Countries: Issues and Options. **Transport Notes**, Urban Transport Thematic Group, The World Bank, Washington/DC, No. TRN-3, fev. 2005, p. 5.

<sup>56</sup> GWILLIAM, Kenneth M. Op. cit., p. 4; HARRIS, Lee A. Taxicab Economics: The Freedom to Contract for a Ride. **The Georgetown Journal of Law & Public Policy**, Washington/DC, vol. 1, pp. 195-222, 2002-2003, p. 215; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Competition Committee. **Taxi Services Regulation and Competition**. Roundtables on Competition Policy nº 81, Paris, Out. 2007, p. 7.

normas específicas, há fortes suspeitas de que tais regras são burladas com frequência, sendo as licenças vendidas ou alugadas de forma ilegal.<sup>57</sup>

Em razão de todos esses argumentos, a conclusão, ao final, é de que a retirada de restrições à quantidade de táxis em operação é, em geral, extremamente benéfica à sociedade, devendo ser seriamente considerada pelas autoridades reguladoras.

## 4.2. Queda do valor das licenças em razão da abertura do mercado

Um fator de ordem externa dificultador do processo de abertura do mercado de táxis em todo mundo diz respeito à natural queda do valor das licenças após a liberalização da entrada. Em razão disso, há comumente grande pressão por parte dos proprietários dessas licenças contra a abertura do mercado.

É importante enfatizar, primeiramente, que o aumento do valor das licenças de táxi é resultado justamente da escassez do número de permissões mantidas pelas autoridades. As licenças de táxi só alcançaram os altos valores atuais porque o número de permissões disponíveis foi artificialmente mantido em patamares demasiadamente baixos pelas autoridades reguladoras, permitindo que os proprietários dessas licenças auferissem lucros de monopólio.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Nos termos dos arts. 4º e 5º da Lei Distrital nº 4.056/2007, as permissões de táxi são outorgadas por meio de processo licitatório, na proporção de 85% para profissionais autônomos e 15% para pessoas jurídicas. A transferência das licenças, por sua vez, só pode ocorrer, conforme preceitua o art. 16, nos seguintes casos: (i) concentração de empresas permissionárias; (ii) ato voluntário do permissionários, quando o beneficiário da transferência for motorista autônomo não permissionário; (iii) aposentadoria do permissionário por invalidez, ou invalidez permanente ou temporária para o trabalho; (iv) incapacidade física ou mental do permissionário; (v) falecimento do permissionário, dando-se a transferência aos herdeiros; e (vi) reunião de permissionários autônomos para constituição de sociedade. As transferências devem ocorrer com anuência da unidade gestora da Secretaria de Transportes, mediante pagamento de taxas, e o permissionário que transferir a licença estará impedido de obter nova permissão durante 15 (quinze) anos. Na forma do art. 22, o permissionário pode cadastrar apenas um motorista auxiliar, sendo que aquele deve continuar conduzindo o táxi por pelo menos 50% do tempo de operação. Apesar de toda essa regulamentação, há fortes suspeitas sobre o comércio ilegal de licenças no DF (compra e venda e aluguel), reverberadas, aliás, pela própria Secretaria de Transportes, que tem dificuldades de fiscalizar a regulação imposta, conforme noticiado pelo *Correio Braziliense* em 08/02/2009. MADER, Helena. *Taxistas de escritório*. **Correio Braziliense**. Brasília, 08 fev. 2009. Cidades, p. 27.

<sup>58</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Competition Committee. **Taxi Services Regulation and Competition**. Roundtables on Competition Policy nº 81, Paris, Out. 2007, p. 7.

O aumento do valor dessas licenças, vale lembrar, representa uma transferência contínua e proporcional de recursos dos consumidores aos permissionários.<sup>59</sup> O baixo número de licenças, por um lado, faz com que estas gerem um alto valor aos seus detentores. Por outro lado, o mesmo baixo número de licenças faz com que os consumidores tenham de conviver com uma quantidade pequena de táxis e, portanto, com um serviço menos competitivo, mais caro e possivelmente de menor qualidade. O aumento no valor das licenças é um indicativo direto da escassez de táxis no mercado. Uma queda no valor das licenças, causada por uma eventual retirada das barreiras à entrada, por outro lado, significaria um repasse proporcional de bem-estar aos consumidores.

Muito embora os altos preços das licenças sejam, portanto, resultado não do trabalho eficiente dos proprietários, mas sim de um quase monopólio artificialmente mantido pelas autoridades, ainda assim é extremamente comum, em todos os países, que esses proprietários de licenças pressionem os governos contra a abertura do mercado (a fim de não perderem o alto valor de suas permissões) ou para que, ao menos, sejam eles financeiramente compensados pela queda no valor de suas licenças.

De modo geral, políticas de concorrência não são a favor de que barreiras à entrada em um dado mercado sejam mantidas apenas para proteger o interesse de grupos de interesse eventualmente afetados com a abertura daquela indústria. Nesse sentido, a literatura sobre o tema argumenta não haver justificativa para que os proprietários de licenças de táxi sejam compensados, com dinheiro dos contribuintes, por estarem perdendo, após a abertura do mercado, sua capacidade de extrair lucros de monopólio em prejuízo do consumidor.<sup>60</sup>

Não obstante, fatores políticos e o alto índice de captura regulatória fazem com que, em vários casos, a transição para um regime de mercado aberto seja mais fácil e aceitável caso haja, efetivamente, algum tipo de compensação aos proprietários de licenças afetados pelas reformas ou que a transição seja feita de maneira a prejudicar menos substancialmente os interesses desses proprietários,<sup>61</sup> muito embora do ponto de vista de uma política de concorrência e de uma política pró-consumidor tais compensações, como dito, sejam injustificáveis.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 7-8.

<sup>60</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Op. Cit.*, pp. 8 e 9; REINO UNIDO. Office of Fair Trading. **The regulation of licensed taxi and PHV services in the UK**. Nov. 2003, p. 42.

<sup>61</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Op. cit.*, p. 9.

<sup>62</sup> REINO UNIDO. *Op. cit.*, p. 42.

Nesse sentido, sugere-se, por exemplo, um relaxamento progressivo das restrições a novas licenças. Quanto mais lentamente se fizer a transição para um ambiente de maior abertura, menor tenderá a ser a necessidade de compensação aos proprietários das licenças.<sup>63</sup>

Em qualquer caso, porém, é importante que, ao programar sua política de reforma, as autoridades tenham em mente que uma transição não imediata e o oferecimento de qualquer tipo de compensação estarão adiando benefícios aos consumidores e extraindo recursos dos contribuintes, em prol dos interesses privados do grupo representado pelos proprietários das licenças.

### 4.3. O mercado de táxis em aeroportos, rodoviárias e hotéis

Há, nos autos, declaração de proprietário de empresa de rádio-táxi afirmando que: “não possui lugar para trabalhar no aeroporto, o que configura um constrangimento para o taxista e para o passageiro”, que “na Rodoferroviária do DF não é permitida a entrada dos taxistas que concedem descontos para pegar passageiro, mesmo que este ligue solicitando táxi” e que “também existem constrangimentos em outros setores da cidade como o Setor Hoteleiro por exemplo” (fl. 39). Nota-se, portanto, que por possível pressão dos taxistas de ponto, rádio-táxis encontram dificuldades em atender passageiros onde haja pontos de táxi fixos. Por tal razão, foi recomendado pela SDE que “serviços de rádio-táxi possam atender passageiros em rodoviárias, ferroviárias e aeroportos” (fl. 160).

A operação de táxis de ponto, como em aeroportos, rodoviárias e hotéis, é normalmente bastante rentável, já que há uma demanda de passageiros grande, previamente esperada.<sup>64</sup> Em tais locais, porém, a competição entre os táxis é normalmente reduzida, em função da restrição de espaço, o que obriga os mesmos a permanecerem em filas, aguardando passageiros que, em geral, devem pegar o primeiro táxi da fila. Além disso, esses pontos recebem muitos turistas, que não têm conhecimento sobre as alternativas providas pelo mercado de táxi naquela cidade. Por tais razões, a tendência é de que os taxistas sempre cobrem a tarifa máxima, também não havendo incentivos a melhorias na qualidade dos serviços.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> AUSTRÁLIA. Productivity Commission. **Regulation of the Taxi Industry**. Canberra: Ausinfo, 1999, pp. 11 e 12; GWILLIAM, Kenneth M. Regulation of Taxi Markets in Developing Countries: Issues and Options. **Transport Notes**, Urban Transport Thematic Group, The World Bank, Washington/DC, No. TRN-3, fev. 2005, p. 5.

<sup>64</sup> FRANKENA, Mark W.; PAUTLER, Paul A. **An Economic Analysis of Taxicab Regulation**. U.S. Federal Trade Commission, 1984, p. 12.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 50.



Embora seja positivo que haja uma garantia de oferta constante em pontos importantes como aeroportos e rodoviárias, fornecendo aos consumidores um tempo de espera praticamente nulo<sup>66</sup>, não há, na literatura, evidências de que uma maior competitividade nesses locais (e conseqüentemente menores tarifas) provocariam uma debandada significativa de táxis desses pontos. Com efeito, a alta e constante demanda nesses locais encoraja uma disponibilidade de oferta constante, embora não seja impossível que peculiaridades de determinado local gerem um cenário distinto.

Em geral, porém, ocorre o contrário. Especialmente nos casos em que há retirada das barreiras quantitativas no mercado de táxis, há preocupações de que as filas de táxis nesses pontos tornem-se excessivamente grandes, embora, na prática, a experiência não mostre ser esse o caso. De qualquer modo, segundo a literatura pesquisada, a solução nesses casos não é manter as restrições à entrada. Primeiramente, um aumento da competitividade nesses locais, por si só, ao pressionar para baixo as tarifas, tende a regular a oferta de modo mais adequado. Outras opções poderiam incluir, por exemplo, uma imposição de tarifas-teto mais baixas nesses pontos, até que as filas diminuíssem.<sup>67</sup>

Em regra, portanto, o aumento da competitividade em pontos de táxi é tida como benéfica, sendo recomendado pelos estudos, como observado, uma maior facilidade de acesso nesses locais a táxis que forneçam descontos.<sup>68</sup>

Por outro lado, é certo que, até mesmo em razão da disposição física de alguns desses pontos, nem sempre é possível adotar algumas das medidas sugeridas com vistas a facilitar o acesso de outros táxis e gerar competitividade. Ao mesmo tempo, a quantidade de oferta nesses locais pode variar de município para município. Nesse sentido, é relevante que a autoridade reguladora leve em consideração as peculiaridades e necessidades de cada local, embora tenha em mente que um aumento da competitividade nesses pontos é potencialmente benéfico.

## 5. Regulação de qualidade e segurança

Finalmente, é comum a regulação do mercado de táxis no que se refere a requisitos de qualidade e segurança. Tal regulação atinge exigências: (i) para o veículo, como tipos de veículo, limites de tempo rodado, teste do veículo

---

<sup>66</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>67</sup> FRANKENA, Mark W.; PAUTLER, Paul A. **An Economic Analysis of Taxicab Regulation**. U.S. Federal Trade Commission, 1984, p. 123; REINO UNIDO. Office of Fair Trading. **The regulation of licensed taxi and PHV services in the UK**. Nov. 2003, pp. 65 e 72.

<sup>68</sup> AUSTRÁLIA. Productivity Commission. **Regulation of the Taxi Industry**. Canberra: Ausinfo, 1999, p. 65.

periodicamente, identificação, regularidade do taxímetro e outros; e (ii) para o motorista, como ausência de antecedentes criminais, exames médicos, teste de conhecimento geográfico, limites de idade e outros.<sup>69</sup>

No Distrito Federal, exige-se dos taxistas desde a apresentação de documentos básicos, como carteira de motorista, comprovante de residência, certidão negativa de débitos tributários e previdenciários, comprovantes de que não é servidor público ou detentor de outorga de serviço público, até laudos médicos atestando sanidade física e mental e certidão negativa de antecedentes criminais (art. 6º da Lei Distrital nº 4.056/2007). Com relação aos veículos, exige-se idade máxima de oito anos, capacidade mínima de porta-malas, ar-condicionado, quatro portas, taxímetro e aparelhos registradores aferidos e lacrados, indicação do permissionário e outras. Também exigir-se-á, dos novos veículos ou permissionários, que o automóvel seja do tipo *sedan* ou *station wagon* e que seja de cor branca, cinza claro ou prata (art. 24 da Lei).

Grande parte das exigências regulatórias relativas à qualidade e à segurança efetivamente se justifica, uma vez que, em razão das já mencionadas assimetrias de informação que colocam os consumidores em desvantagem relativamente aos taxistas, os passageiros não têm como saber, previamente, se estarão contratando um serviço que lhes forneça um mínimo de segurança, tanto no que se refere ao taxista quanto ao veículo utilizado.<sup>70</sup> Como mencionado na seção 4.1, são justamente exigências regulatórias específicas para tal fim a melhor maneira de se manter padrões razoáveis de qualidade e segurança, e não uma regulação que mantenha restrições à oferta e tarifas artificialmente elevadas.

Não obstante, é certo que a necessidade de uma regulação de qualidade e segurança consistente faz-se ainda mais premente nos casos em que a autoridade municipal decide retirar as barreiras que limitam a quantidade de táxis em circulação, a fim de garantir padrões mínimos aos consumidores. Uma regulação de segurança eficiente é considerada essencial para o sucesso de uma política de flexibilização. Para tanto, é necessário manter uma capacidade de fiscalização e imposição de normas eficaz.<sup>71</sup>

Não há dúvida de que as autoridades reguladoras de cada localidade possuem melhores condições de avaliar quais são os requisitos mínimos de qualidade que devem ser oferecidos aos passageiros. Recomenda-se, entretanto, que tal regulação atenha-se apenas aos aspectos efetivamente necessários para prover segurança e qualidade mínimas aos consumidores, sob

---

<sup>69</sup> FRANKENA, Mark W.; PAUTLER, Paul A. Op. cit., p. 27; REINO UNIDO. Op. cit., p. 6.

<sup>70</sup> REINO UNIDO. Op. Cit., p. 7.

<sup>71</sup> GWILLIAM, Kenneth M. Regulation of Taxi Markets in Developing Countries: Issues and Options. **Transport Notes**, Urban Transport Thematic Group, The World Bank, Washington/DC, No. TRN-3, fev. 2005, p. 5; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Competition Committee. **Taxi Services Regulation and Competition**. Roundtables on Competition Policy nº 81, Paris, Out. 2007, p. 10.

pena de gerarem barreiras e custos desnecessários, com impactos negativos sobre o mercado.<sup>72</sup>

Mais uma vez, é relevante que a autoridade municipal observe o princípio da proporcionalidade, conforme exposto na seção 3.5. Deve-se ponderar se as exigências impostas aos motoristas e veículos, restritivas da livre-iniciativa e da livre-concorrência, são realmente apropriadas, necessárias e proporcionais aos objetivos<sup>73</sup> de qualidade e segurança visados, tendo-se em mente os custos incorridos e os reais benefícios ao consumidor e à sociedade gerados pelas medidas.

## 6. Considerações finais

O presente despacho contemplou vantagens e desvantagens de diferentes abordagens à regulação do mercado de táxis, tendo como base de análise, primordialmente, a legislação do Distrito Federal que regulamenta a matéria. Buscou-se, em suma, cotejar argumentos a fim de auxiliar a construção de uma regulação que possibilite maiores níveis de competitividade nesse mercado, em prol dos consumidores e da coletividade. Diante das análises, não há dúvida que a legislação Distrital que regula os serviços de táxi pode ser significativamente aperfeiçoada em diversos aspectos.

Tendo em vista que o intuito do presente procedimento é fomentar mudanças na estrutura regulatória editada por um ente público (um Município), o caminho mais adequado é transformar os argumentos levantados em ações de advocacia da concorrência.

Conforme ressaltado no recente julgamento da Consulta nº 08700.000577/2008-00:

*“[N]a atual configuração do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, incumbe à Secretaria de Acompanhamento Econômico ‘avaliar e manifestar-se acerca dos atos normativos e instrumentos legais que afetem as condições de concorrência e eficiência na prestação de serviços, produção e distribuição de bens’,*

---

<sup>72</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Op. cit., p. 18; REINO UNIDO. Office of Fair Trading. **The regulation of licensed taxi and PHV services in the UK**. Nov. 2003, p. 7.

<sup>73</sup> KOHL, Michael. **Constitutional limits to anticompetitive regulation: the principle of proportionality**. In: AMATO, Giuliano; LAUDATI, Laraine L. (Ed.). **The Anticompetitive Impact of Regulation**. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2001, p. 425-426.

*articulando-se com os órgãos públicos responsáveis (Decreto 6.531/2008, art. 12, inc. VII, "e" c/c inc. XI).*

*Logo, parece-me que o procedimento mais adequado a ser adotado quando o Cade identificar que determinada norma, legal ou infra-legal, pode impactar negativamente a livre-iniciativa e a livre-concorrência, é encaminhar àquela Secretaria pedido para que interceda junto aos órgãos públicos responsáveis, visando à mitigação de tais efeitos.*

*Observo que a Seae, por não se constituir em instância deliberativa do SBDC, tem, sob o ponto de vista institucional, liberdade muito maior para negociar eventuais mudanças normativas ou adotar quaisquer outras providências, sem se vincular, contudo, a posicionamentos específicos em casos concretos. E a experiência prática tem demonstrado que a via negocial, no âmbito da Administração Pública, tem produzido resultados mais rápidos e robustos, no que diz respeito à disseminação da cultura de concorrência, do que a via litigiosa.<sup>74</sup>*

Assim sendo, entendo oportuno que as ponderações aqui efetuadas pelo CADE acerca da matéria em comento sejam encaminhadas à SEAE, juntamente com cópia integral dos presentes autos, para que aquela Secretaria, exercendo seu juízo de conveniência e oportunidade, interceda junto às autoridades distritais e adote as providências que reputar necessárias no sentido de mitigar efeitos anti-competitivos gerados pela Lei Distrital nº 4.056/2007 e legislação correlata. Nada impede, outrossim, que a SEAE, assim entendendo oportuno, promova ações semelhantes junto a outros Municípios brasileiros cuja regulação dos serviços de táxi porventura mereça aperfeiçoamentos.

Brasília, 04 de março de 2009.

CARLOS EMMANUEL JOPPERT RAGAZZO

Conselheiro

---

<sup>74</sup> Consulta nº 08700.000577/2008-00, Conselheiro Relator Olavo Zago Chinaglia, j. 04/02/2009.

# Revista de Direito Da Concorrência

## Instrução aos Colaboradores

### 1. Apresentação

Editada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, a Revista de Direito Econômico, publicada desde 1975, atravessou diversas etapas: foi suspensa durante os períodos de set. 1980 a dez. 1985 e abr. 1986 a abr. 1987; iniciou nova fase a partir do nº 1, jan./mar. 1986, com o título de Direito Econômico: Revista do CADE; foi novamente suspensa a partir do nº 6 em 1989; retomou o título de Revista de Direito Econômico, quando passou a ser trimestral, no nº 21, out./dez.

1995; a partir do nº 25, jan./jul. 1997, a periodicidade passou a ser semestral e terminou esta fase com a edição nº 33, jan./jun. 2002. A coleção conta com 33 volumes.

O CADE, preocupado com a continuação e a periodicidade da Revista, em 2004, lança uma nova política editorial, que objetiva ser mais propositiva e ativa. Começa na Edição Especial com o título de Revista de Direito da Concorrência.

A *Revista de Direito da Concorrência* terá periodicidade trimestral e será composta das seguintes seções:

Seção I – “Artigos e Doutrina Jurídica” – publicará artigos resultantes de estudos, pesquisas, debates e experiências relacionadas ao direito da concorrência, à economia e às áreas afins, que deverão ser submetidos à publicação segundo as regras estabelecidas pelo Comitê Editorial.

Seção II – “Notas e Jurisprudência Comentada” – apresentará um resumo comentado dos julgamentos realizados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Os resumos comentados poderão ser submetidos para publicação por parte do público externo ou escolhido um caso por Conselheiro por trimestre, primando pela apresentação dos casos mais recentes, com temas inovadores, polêmicos ou de grande relevância econômica, política ou jurídica.

Nesta seção serão também aceitos artigos curtos sobre questões teóricas ou empíricas pontuais ou comentários sobre artigos publicados na revista.

Seção III – “Resenhas” – publicará resenhas sobre obras de interesse na área de defesa da concorrência, publicados no Brasil ou no exterior.

A Revista de Direito da Concorrência necessita da colaboração de quem produz conhecimento sobre o assunto e que possa indicar a reedição de textos fundamentais, bem como sugerir temas para debates, com abertura para réplicas e tréplicas, dependendo do interesse despertado.

## 2. Normas Editoriais

Os artigos e resenhas encaminhados à Revista de Direito da Concorrência deverão ser inéditos e serão submetidos à aprovação do Comitê Editorial, a quem cabe decidir a possibilidade de publicação e a sua ordem na programação. Os trabalhos poderão ser enviados nos idiomas português, inglês e espanhol.

Os artigos serão analisados por um corpo de pareceristas ad hoc, que ficará responsável por avaliar os trabalhos encaminhados ao Comitê Editorial, analisando o conteúdo qualitativo dos artigos, bem como sua adequação aos objetivos da revista.

A partir dessa avaliação, a publicação dos artigos ainda estará condicionada à decisão final do Comitê Editorial.

A avaliação dos trabalhos submetidos à apreciação dos pareceristas será feita pelo sistema double blind review, no qual os autores não tomam conhecimento de qual parecerista está analisando seu trabalho, nem o avaliador tem conhecimento da autoria do trabalho que está sendo analisado.

O Comitê Editorial, por indicação dos pareceristas, poderá, ainda, solicitar eventuais reformulações ao autor.

Com a finalidade de facilitar a avaliação, o artigo deverá atender às condições especificadas nas

Normas para Apresentação de Originais que se encontram a seguir detalhadas.

A equipe de revisão reserva-se o direito de efetuar alterações nos originais, respeitando o estilo e as opiniões dos autores, com vistas a manter a homogeneidade e a qualidade da revista.

Os autores receberão um exemplar pelo trabalho publicado.

As colaborações deverão ser enviadas para o seguinte endereço:

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Gabinete da Revista de Direito da Concorrência

A/C: Fernando de Magalhães Furlan

C/C: Clovis Manzoni dos Santos Lores e José Antônio Batista

Setor Comercial Norte, Quadra 2, Projecção

C, Bloco B, 2º andar.

CEP 70754-510 – Brasília/DF – Brasil

Fone: (61) 3426-8400

**revistacade@cade.gov.br**

### **3. Normas para Apresentação de Originais**

Com objetivo de facilitar o tratamento e a disseminação dos trabalhos enviados para publicação na Revista de Direito da Concorrência, apresentamos

algumas normas técnicas para o estabelecimento de padrões de estilo e apresentação dos textos.

#### **3.1. Meios**

##### **3.1.1. Artigos e doutrina**

Os originais deverão ser encaminhados em papel (2 cópias) e em meio eletrônico (disquete, CD ou e-mail) – arquivo formato word, digitados em espaço 1, utilizando fonte Arial, tamanho 12, com extensão máxima de 30 páginas, com configuração nas seguintes margens: superior, inferior – 2 cm; direita e esquerda – 3 cm. Ilustrações (fotos, desenhos, gráficos, quadros, tabelas, mapas) poderão ser enviados em papel, desde que possuam nitidez, ou meio magnético com, no mínimo, 200 dpi de resolução (não serão aceitas cópias de xerox ou fax).

Os gráficos deverão ser encaminhados também em arquivo separado, em Excel, com referência de sua localização no texto.

Os arquivos que contiverem fórmulas deverão ser acompanhados das demonstrações das mesmas, em separado, de modo que os pareceristas possam melhor analisar os resultados apresentados.

##### **3.1.2. Notas/jurisprudência comentada e resenhas**

Os textos encaminhados para estas seções deverão seguir as mesmas normas de apresentação de artigos e doutrina, observando-se o limite de 5 a 10 páginas.

### 3.2. Títulos

O título do artigo deve ser breve, específico e descritivo, contendo as palavras representativas do conteúdo.

### 3.3. Resumos

Os artigos enviados para a Revista de Direito da Concorrência deverão ser acompanhados, obrigatoriamente, de resumo em português e inglês, com 15 linhas no máximo.

### 3.4. Palavras-chave

Solicita-se que os artigos enviados para a Revista de Direito da Concorrência contenham de 3 a 5 palavras-chave, referentes ao seu conteúdo, escolhidas em vocabulário livre ou controlado.

### 3.5. Citações

As citações devem ser acompanhadas por uma chamada para o autor, com o ano e o número da página. A referência bibliográfica da fonte da citação virá em lista única ao final do artigo. A exatidão e a adequação das citações e referências a trabalhos consultados e mencionados no texto são de responsabilidades do autor.

### 3.6. Notas de rodapé

As notas de rodapé, quando necessárias, devem ter a finalidade de indicações bibliográficas e observações complementares.

As indicações das fontes deverão ser feitas nos textos.

### 3.7. Notas do autor

As notas do autor deverão estar no final do texto com a finalidade de realizar remissões internas e externas: introduzir uma citação de reforço e fornecer a tradução de um texto.

### 3.8. Referências bibliográficas

As referências bibliográficas devem constituir uma lista única no final do artigo, em ordem alfabética por sobrenome de autor; devem ser completas e elaboradas de acordo como as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) – NBR 6.023.

#### a) Livro

SOBRENOME DO AUTOR, Nome. *Título*: subtítulo se houver. Número da edição. Cidade: Nome da editora, ano de publicação. Número total de páginas.

Exemplo:

CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 184 p.

#### b) Monografia

SOBRENOME DO AUTOR, Nome. *Título*: subtítulo se houver. Ano de defesa. Número total de folhas. Monografia (Especialização em área da pesquisa) – Nome da Faculdade, Nome da Universidade, cidade da Instituição, ano.



Exemplo:

JARRETTA, Cláudio Natal. *Perícia contábil: um estudo contributivo ao aperfeiçoamento do conteúdo programático aplicável ao curso de Ciências Contábeis*. 1996. 59f. Mono grafia (Especialização em Ciências Contábeis) – Faculdade de Ciências Humanas, Universidade de Marília, Marília, 1996.:

### c) Periódicos

**SOBRENOME DO AUTOR**, Nome. *Título do artigo*: subtítulo se houver. Nome do Periódico, cidade, v., n., p. inicial-final, mês ano.

Exemplo:

BEST, K. J.; REIFFERSCHIED, K. J. Motivos do surgimento das drosses na produção de ferro fundido nodular. *Fundição e Serviços*, São Paulo, v. 14, n. 132, p. 16-30, dez. 2003.

### d) Informações retiradas da Internet

#### d.1) Publicação apenas via Internet

ÚLTIMO SOBRENOME DO AUTOR, Nome. *Título*: subtítulo se houver. Disponível em: <URL completa>. Acesso em: dia mês (abreviado até a terceira letra, exceto maio) ano.

#### d.2) Publicação impressa em papel e via Internet

ÚLTIMO SOBRENOME DO AUTOR, Nome. *Título*: subtítulo se houver. Nome do periódico, cidade, v., n., p. inicial-final, mês (abreviado

até a terceira letra, exceto maio), ano. Disponível em: <URL completa>. Acesso em: dia mês (abreviado até a terceira letra, exceto maio) ano.

Exemplo:

TEMPORÃO, José Gomes. *O mercado privado de vacinas no Brasil: a mercantilização no espaço da prevenção*. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 5, set./out. 2003.

### e) Correio eletrônico

Remetente (endereço eletrônico do remetente). Assunto da mensagem em itálico. Destinatário (endereço do destinatário). Data da mensagem.

Exemplo:

PEREIRA, M. Caléria. *Artigos para a revista*. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <celso12@yahoo.com.br> em 05 dez. 2003

## 3.9. Ilustrações

As ilustrações devem vir acompanhadas das fontes e de título que permita compreender o significado dos dados reunidos. Quadros, tabelas e gráficos devem obedecer às normas de apresentação tabular do IBGE.

## 3.10. Siglas

As siglas devem vir acompanhadas do nome por extenso.

## 3.11. Destaques

O uso de negrito deve ficar restrito aos títulos e intertítulos; o de itálico,

apenas para destacar conceitos ou grifar palavras em língua estrangeira.

### **3.12. Reedição**

Textos para reedição deverão ser apresentados na forma originalmente publicada, de modo a assegurar a indicação da fonte primitiva. No caso de tradução, anexar cópia da folha de rosto da publicação original.

### **3.13. Currículo**

Devem constar no trabalho informações quanto à titulação acadêmica do autor e respectiva instituição; atividades que desempenha; instituição a que está vinculado; endereços residencial, profissional e eletrônico completos.

Os artigos enviados devem preencher as condições especificadas.



ANEXO I  
DECLARAÇÃO

Eu, \_\_\_\_\_, portador do RG nº \_\_\_\_\_, declaro, para todos os fins, que autorizo a publicação do artigo de minha autoria, intitulado \_\_\_\_\_, enviado em \_\_/\_\_/201\_, na “Revista de Direito da Concorrência”, publicação oficial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Brasília, de \_\_\_\_\_ de 201\_.

Nome e Assinatura



## ANEXO II

## CADASTRO DE AUTORES

NOME:

QUALIFICAÇÃO:

<input type="checkbox"/> GRADUAÇÃO	<input type="checkbox"/> PÓS-GRADUAÇÃO	<input type="checkbox"/> MESTRADO
<input type="checkbox"/> DOUTORADO	<input type="checkbox"/> PÓS-DOUTORADO	

ESPECIALIZAÇÃO TÉCNICA EM:

<input type="checkbox"/> Direito Administrativo	<input type="checkbox"/> Direito do Trabalho	<input type="checkbox"/> Direito Internacional Público
<input type="checkbox"/> Direito Civil	<input type="checkbox"/> Direito do Consumidor	<input type="checkbox"/> Direito Penal
<input type="checkbox"/> Direito Comercial	<input type="checkbox"/> Direito Econômico	<input type="checkbox"/> Direito Processual
<input type="checkbox"/> Direito Constitucional	<input type="checkbox"/> Direito Internacional Privado	<input type="checkbox"/> Direito Tributário
<input type="checkbox"/> Outros	<input type="text"/>	

TEMA:

PROFESSOR UNIVERSITÁRIO:  NÃO SIM GRADUAÇÃO PÓS-GRADUAÇÃO (MESTRADO/DOUTORADO)POSSUI LIVRO PUBLICADO:  NÃO SIM

Obra:

Editora:

E-MAIL:

TELEFONES:

OUTRAS  
INFORMAÇÕES:

