

COLETÂNEA DE ARTIGOS

**DIREITO
ECONÔMICO E
DEFESA
DA CONCORRÊNCIA**

— VOLUME 02 —

**Coletânea de Artigos em
Defesa da Concorrência e Direito Econômico**
Estudos de Caso

Brasília
2021

Ministério da Justiça e Segurança Pública
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Conselho Administrativo de Defesa Econômica
SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano
Cep: 70770-504 – Brasília/DF
www.cade.gov.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

C694

Brasil. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.
Coletânea de Artigos em Defesa da Concorrência e Direito Econômico: Estudos de Caso/
Conselho Administrativo de Defesa Econômica. – Brasília: CADE, 2021.
v.2
294 p.

ISBN 978-65-994834-2-4

1. Defesa da Concorrência. 2. Direito Econômico. I. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

CDD 341.3787

Bibliotecária: Déborah Lins e Nóbrega

Ficha Técnica

Coordenação

*Ana Luiza Lima Mahon
Déborah Lins e Nóbrega
Edson Junio Dias de Sousa
Iara do Espírito Santo, Janine Gaspar Martins
Juliana Somogyi Cavalcante
Paulo Eduardo Silva de Oliveira*

Revisão

Janine Gaspar Martins

Colaboradores Internos

*Wandson Lucas Nascimento Siqueira
Ana Carolina de Oliveira Passos
Ana Luiza Lima Mahon
Déborah Lins e Nóbrega
Edson Junio Dias de Sousa
Iara do Espírito Santo
Janine Gaspar Martins
Juliana Somogyi Cavalcante
Luana Nunes Santana
Paulo Eduardo Silva de Oliveira
Cristina Pinheiro Castilho Portela
Adriana Azevedo Germano Rodrigues*

Edição e Planejamento Gráfico

Assessoria de Comunicação Social do Cade

Apresentação

Só há uma coisa pior do que treinar os funcionários e eles saírem; é não treiná-los e eles ficarem. Essa é uma frase, provavelmente já centenária, de Henry Ford, mas que permanece absolutamente atual e à qual sempre me recorro quando o assunto é formação de servidores e colaboradores no Cade. Qualquer organização pública ou privada precisa de bons quadros e, para tal, é fundamental preparação, estudo e dedicação.

Assim, é com grande satisfação que faço a apresentação desta Coletânea intitulada “Coletânea de Artigos em Defesa da Concorrência e Direito Econômico”, dividida em três volumes, de 31 excelentes artigos produzidos por nossos servidores e colaboradores a partir da parceria entre duas instituições entre as mais importantes do país. Ditos trabalhos são versões sumarizadas de textos mais longos elaborados, ao longo de 2020, em sede de Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) junto à Faculdade Getúlio Vargas (FGV) na pós-graduação in company de “Direito Econômico e Direito da Concorrência”, mas indicam não somente a primazia da instituição que os oportunizou como também a excelência técnica daqueles que tornam possível, diariamente, o essencial trabalho desenvolvido pelo Cade.

Como não é possível comentar, em detalhes, a importância e relevância dos trabalhos a serem, agora, tornados públicos e, espero, consultados, examinados e discutidos a partir do diálogo salutar com advogados, pesquisadores e servidores que deles se sirvam em sua atuação, opto por destacá-los em relação à cultura institucional que viceja entre nossos servidores e colaboradores e que considero muito bem representada nesta Coletânea.

A cultura institucional do Cade é, sobretudo, extrapolar as expectativas em geral associadas ao serviço público em nosso país por meio de uma atuação exemplar, o que somente é possível, seja enquanto instituição, seja enquanto servidor ou colaborador, quando nosso foco diário é direcionado a, amanhã, sermos melhores que hoje e, hoje, sermos melhores que ontem. Dito foco na importância dos resultados e, também, na progressiva melhora desses resultados é algo marcante no Cade e que considero a raiz de seu sucesso. Para estarmos à altura da importância de nossas atividades e tarefas, é preciso estarmos em nosso melhor, mas,

ainda mais difícil, que nosso melhor seja melhor que nosso melhor ontem.

O sucesso duradouro do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), oportunizado pela relação profunda entre excelência, insatisfação com o que até ontem causava júbilo e melhoria paulatina em direção ao primor, se deve à interação franca e harmoniosa entre Cade e sociedade civil, o que resta muito bem exemplificado pela integração entre Cade e FGV presente na tessitura dos artigos subsequentemente expostos.

A concorrência só pode ser efetiva, enquanto política pública essencial ao desenvolvimento brasileiro, à medida que servidores públicos, estudiosos, advogados e empresários sejam partícipes efetivos de sua construção e possam, cada qual, expor adequadamente seu ponto de vista a respeito da livre concorrência em nosso país. Nesse sentido, como digo sempre, é uma obra que, para ser sólida, depende do trabalho de muitas mãos. E de mãos muito bem treinadas, também, em face da contribuição essencial da FGV.

Nesse sentido, é indiscutível que o Cade vem cumprindo com brilhantismo, ao longo das últimas décadas, seu papel enquanto protagonista. Como visto em estimativa recente do Departamento de Estudos Econômicos (DEE), nossas atividades resultaram em ganhos de 36 bilhões de reais em 2019, correspondendo, portanto, a 0,49% do PIB do país. Assim, em que pese termos um quadro de servidores e colaboradores relativamente pequeno, nossa importância para a sociedade brasileira é desproporcionalmente alta, o que nos traz muito orgulho, mas, também, enorme responsabilidade. Precisamos, desse modo, permanentemente nos preocupar em como podemos aprimorar e aperfeiçoar os recursos humanos e orçamentários disponíveis, com que capacitar nossas mãos continuamente, inclusive nesta Coletânea, é conduta indispensável à qual devemos e iremos recorrer.

Dita pós-graduação e, claro, a publicação por ela ensejada, ora em comento, é um desses investimentos ou recursos aos quais nos dispomos. Não é apenas um título aos servidores e colaboradores do Cade, já altamente capacitados, ou uma mera autopromoção da Autarquia enquanto órgão que empenha meios em educação e formação de seus quadros. O estudo continuado, que aqui desembocou em pesquisas de profunda maturidade, serve para

aprimorar ainda mais nossa capacidade de gerar valor para o país e sermos referência para os demais setores da sociedade brasileira, e, com isso, estarmos, progressivamente, mais preparados e aptos a cumprir com a alta relevância nacional e internacional exigida ao Cade.

Por fim, gostaria parabenizar cada um dos autores dos artigos desta Coletânea, bem como a todos que de algum modo contribuíram para sua publicação em formato de livro. Conciliar trabalho e vida pessoal com os estudos não é uma tarefa fácil, bem como não é fácil editar um livro com essa qualidade enquanto nos dividimos em outras várias atividades. Ainda assim vocês optaram por mais este desafio como, diga-se de passagem, seria esperado de todos que integram ou integraram o Cade. Desejo uma ótima leitura e que, ao final, também neste livro cumpramos a missão desta Autarquia: oportunizar melhoria, desenvolvimento e, por meio da concorrência em nosso país, um amanhã ainda melhor que o ontem e hoje.

Alexandre Barreto de Souza

Presidente do Cade

Apresentação da Fundação Getúlio Vargas (FGV)

Há pouco mais de três anos iniciamos uma parceria com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade para uma iniciativa inédita: desenvolver um programa de pós-graduação lato sensu em defesa da concorrência e direito econômico.

Sob a coordenação acadêmica do Prof. Gesner Oliveira e com a participação de diversas lideranças do Cade, inspirados pela visão do seu Presidente Alexandre Barreto, surgia um programa inovador, com o objetivo de aprimorar a qualidade técnica da atuação dos servidores do referido órgão, aumentando a segurança e celeridade na condução dos trabalhos, para obter ganhos em produtividade.

O programa na prática endereçava um desafio estratégico na gestão de pessoas do Conselho, uma vez que, apesar de contar com um quadro de servidores altamente qualificado, este é formado por profissionais de perfil heterogêneo, proveniente de diversas carreiras no setor público, com formações e experiências diversas. Adicionalmente, este quadro está, naturalmente, em constante renovação, o que reforçava a necessidade de aprofundamento teórico-técnico no campo de domínio da área finalística de atuação do órgão, para garantir a manutenção e crescimento dos seus resultados.

O conjunto de conhecimentos necessários para o desenvolvimento das atividades finalísticas do Cade, por sua vez, é bastante amplo e complexo, envolvendo temáticas relacionadas ao campo da economia, direito e da gestão e governança das empresas. Reiterando-se que o Cade é uma entidade única no contexto do setor público brasileiro.

Assim, o programa a ser desenvolvido precisava contemplar não apenas o estado da arte dos campos de domínio mencionados, aplicado à realidade específica de atuação do Cade, mas também as principais tendências internacionais, uma vez que o Conselho não conta com paradigmas locais e precisa acompanhar as melhores práticas globais para realizar sua missão a contento.

O programa co-criado com o Cade contemplou justamente este conjunto de desafios. Com 16 disciplinas desenhadas especialmente para o programa, acrescidas de um trabalho de conclusão de curso, os alunos percorreram uma trajetória de aprendizado que envolvia discussões profundas sobre a teoria econômica e do

direito aplicadas a defesa da concorrência, o estudo do ecossistema e funcionamento do Cade no contexto brasileiro e as tendências e a análise de melhores práticas globais no seu campo de atuação.

Iniciado ao final de 2018 e concluído em 2020, o programa totalizou 432 horas/aula de interação com os professores da FGV, mais incontáveis horas de auto-estudo, preparação para as discussões e elaboração dos trabalhos de conclusão. Não bastasse o desafio natural de se realizar um curso com alto grau de exigência, em período noturno, sem se afastar das atividades profissionais cotidianas, os alunos e professores tiveram de se adaptar na fase final do programa à realidade transformada pela crise da pandemia global de COVID-19, realizando as aulas das últimas disciplinas de maneira remota, viabilizadas por ferramentas tecnológicas e pelo ambiente digital de aprendizagem da FGV. Se por um lado perdeu-se o convívio acadêmico nas instalações da FGV em Brasília, os participantes experimentaram a realidade da transformação digital que marca a vida das organizações nesta segunda década do século e precisaram aprimorar sua capacidade de trabalhar em times de maneira remota e virtual e incorporar ao seu repertório novas habilidades digitais.

Todo este esforço valeu a pena. A coletânea de artigos, resultante dos melhores trabalhos de conclusão das duas turmas que cursaram o programa é um testemunho do aprendizado e evolução técnica não apenas dos premiados, que será conhecida aqui nesta publicação, mas dos 84 servidores que passaram com sucesso pelo programa.

Gostaria de parabenizar a todos eles pela conquista e agradecer ao Prof. Gesner, ao time de professores selecionados por ele e à equipe do FGV in Company, que se dedicaram com muito carinho e profissionalismo ao projeto.

Não poderia também deixar de parabenizar o Cade pela iniciativa inovadora. Sem dúvida um exemplo a ser seguido de valorização e investimento no desenvolvimento dos seus servidores, como forma de viabilizar a realização dos objetivos estratégicos e a perenidade da instituição. Manifesto aqui minha gratidão pela escolha do FGV in Company como parceiro e pela oportunidade de ter participado deste projeto.

João Lins Pereira Filho

Diretor Executivo-FGV in Company

Autores

Adriano Pereira Rubim Silva

Banco Central do Brasil - BCB

Ana Luiza Lima Mahon

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Cíntia Leal Marinho de Araújo

Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA

Edson Junio Dias de Sousa

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Fernando Daniel Franke

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Fernando Henrique Lima Martins Chíxaro

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

João Roberto Golin Tajara

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Jociany Monteiro Luz

Ministério da Economia

Juliano Pimentel Duarte

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Leandro Lima Coelho

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Luiz André de Abreu Cruvinel Gordo

Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC

Otoni Ferreira Filho de Oliveira

Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa

Paulo Eduardo Silva de Oliveira

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Rodrigo Abreu Belon Fernandes

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Roxeli Lalla Rosa

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade

Victor de Oliveira Leite

Ministério da Economia

Vinícius Luciano Toledo dos Santos

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade

Wellington Lima Silva Júnior

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade

Sumário

Os Acordos depois do Acordo: Da comparação entre Termos de Cessação Conduta homologados no Cade em processo com e sem Acordos de Leniência, entre de 2015 a 2019

Fernando Henrique Lima Martins Chixaro p. 15

Análise do conjunto probatório de condutas anticompetitivas obtido por meio de acordo de leniência antitruste com base nos processos administrativos julgados pelo tribunal administrativo de defesa econômica no período de 2015 a 2019

Jociany Monteiro Luz p. 33

O que cabe em qualquer outro ato ou providência? Critérios de proporcionalidade na aplicação do inciso VII do artigo 38 da Lei nº 12.529/2011

Paulo Eduardo Silva de Oliveira p.61

Variações de preços após a falência de uma empresa: uma análise do caso da Avianca no transporte aéreo de passageiros no Brasil

Luiz André de Abreu Cruvinel Gordo p.83

Análise da Concentração de Mercado na Revenda de Gasolina nos Municípios Brasileiros

Fernando Daniel Franke

Roxeli Lalla Rosa p.109

Tecnicalidades jurídicas e concorrência desleal: estudo de caso do julgamento da ADI 4.874 DF

Ottoni Ferreira Filho de Oliveira

Wellington Lima Silva Júnior Fernando p.133

Concorrência e direitos de transmissão do campeonato brasileiro de futebol: uma análise dos possíveis efeitos do fim dos direitos de arena compartilhados

Juliano Pimentel Duarte p.151

O papel da função regulatória da licitação na promoção da concorrência em setores de infraestrutura: o caso dos leilões de terminais portuários na vigência da Lei nº 12.815/2013

Vinícius Luciano Toledo dos Santos p.177

O regime de indicação geográfica como fonte de promoção à concorrência de produtos diferenciados

Victor de Oliveira Leite p.203

A remoção das barreiras ao investimento privado em saneamento: Oportunidades e Desafios da Lei nº 14.026/2020

Cíntia Leal Marinho de Araujo p.229

O acordo entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômico - Estudo de caso

Adriano Pereira Rubim Silva

Rodrigo Abreu Belon Fernandes p.249

Colaboração/cooperação entre concorrentes: requisitos/pressupostos em pedidos submetidos às autoridades da concorrência em decorrência da pandemia de Covid-19

Ana Luiza Lima Mahon

Edson Junio Dias de Sousa

João Roberto Golin Tajara

Leandro Lima Coelho p.271

.....

VOLUME 2:
ESTUDOS DE CASO

.....

Os Acordos depois do Acordo: Da comparação entre Termos de Cessaçãõ Conduta homologados no Cade em processo com e sem Acordos de Leniência, entre de 2015 a 2019

Fernando Henrique Lima Martins Chíxaro¹

RESUMO

O presente artigo teve por objetivo a explorar a relação existente entre a celebração de Acordos de Leniência, o primeiro acordo, e a posterior existência de Termos de Cessaçãõ de Conduta, que seriam os acordos depois do acordo. Primeiro, realizou-se uma revisão de literatura dentre os conceitos principais do antitruste e procedeu-se a diferenciação dos Acordos de Leniência e dos Termos de Cessaçãõ de Conduta. Em seguida passou-se ao levantamento e análise de dados referentes a instauração de processos para apurar infrações de cartel, a celebração de Acordos de Leniência e também da celebração de Termos de Cessaçãõ de Conduta, com o objetivo de verificar se existência de relações entre eles. Por fim, propusemos uma forma de analisar e comparar a responsabilização de pessoas jurídicas em processos de apuração de cartéis que tiveram celebração de acordos de leniência.

Palavras-chave: Cartéis; Acordos de Leniência; Termos de Cessaçãõ de Conduta; Responsabilização de Pessoas Jurídicas; Comparação.

ABSTRACT

This article aims to explore the relationship between the Leniency Agreements, the first agreements, and the subsequent Cease and Desist Agreements (which we may consider as the agreements

¹ Pós-Graduado em Defesa da Concorrência e Direito Econômico, Fundação Getúlio Vargas, Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, Cade.E-mail: fernando.hqz@gmail.com.

after the main agreement). First, we carried out a literature review on the concepts of antitrust. Then, we explored the differences between Leniency Agreements and Cease and Desist Agreements. After that, we collected and analyzed the data regarding Leniency Agreements, Cease and Desist Agreements and the investigation procedures on cartel violations, in order to verify the existence of relations between them. Finally, we proposed a way to analyze and compare the liability of legal entities in cartel investigation procedures in which leniency agreements were signed.

Keywords: Cartels; Leniency Agreements; Cease and Desist Agreements; Liability of Legal Entities; Comparison.

Sumário: 1. Introdução; 2. Tipos de Cartéis; 3. A Evolução dos Acordos do Cade de 2000 a 2017; 4. Metodologia; 5. Principais Achados; 6. Razão de Celebração de TCCs- RCT; Conclusão ou Considerações Finais; Referências.

1. Introdução

Observamos nos últimos anos uma profusão do uso de acordo com a Administração Pública para solução de controvérsias. O Acordo de Leniência para infrações antitruste e Termos de Cessação de Conduta tiveram papel fundamental na consolidação desta modalidade, celebrando acordos entre administrados e o Executivo Federal.

Nos últimos anos, se observou uma grande expansão da Política de Acordos do Cade com números crescentes de acordos assinados. Diante deste cenário fica o questionamento de qual é a relação existente entre esses dois instrumentos. Será que em processos que tiveram acordos de leniência em seu curso o número de Termos de Cessação de Conduta celebrados com pessoas jurídicas é maior ou menor que em processo que não tiveram Acordo de Leniência?

Este trabalho busca responder essa pergunta ao analisar os dados relativos aos Termos de Cessação de Conduta de pessoas jurídicas homologados entre 2015 e 2019, assim como os dados dos Acordos de Leniência Celebrados no mesmo período.

2. Tipos de Cartéis

Classificação em cartéis nacionais ou internacionais:

No desenvolvimento da pesquisa, classificamos os cartéis em nacionais e internacionais tendo em conta a classificação apresentada no artigo de Amanda Athayde e Marcela Campos Gomes Fernandes² em que explicam que a SG-Cade em um de seus casos³ tornou público o seu entendimento sobre ao menos 3 espécies de cartéis internacionais: (i) cartéis de escopo global ou que envolvam regiões com evidências da inclusão do Brasil no escopo do acordo; (ii) cartéis de escopo global ou envolvendo regiões ou países com evidências de que houve exportação para o Brasil de um ou mais participantes da colusão diretamente para o Brasil; (iii) cartéis envolvendo regiões do mundo ou países específicos sem evidências diretas de exportação para o Brasil, mas com evidências de exportações indiretas para o país, neste caso dependendo da potencialidade dos efeitos. Personalidade Jurídica dos clientes afetados.

Classificação em públicos e privados:

No desenvolvimento da pesquisa utilizamos a distinção de cartéis da seguinte maneira: os cartéis que afetaram o Estado Brasileiro, precipuamente, em licitações públicas, denominaremos de cartéis que afetam clientes públicos, ou simplesmente cartéis públicos.

Os cartéis que afetam outros entes aos quais chamaremos cartéis que afetam clientes privados, ou simplesmente cartéis privados. Os cartéis que afetaram tanto o governo quanto outros clientes foram denominados cartéis públicos e privados.

2 Athayde, A. e Fernandes, M. A glimpse into Brazil's experience in international cartel investigations: Legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy. Publicado na Revista Concurrences N°3-2016.

3 Segundo o artigo supracitado tal posicionamento foi expresso pela primeira vez no Processo Administrativo 08012.005930/2009-79, relativo a vidros CRT datado de novembro de 2015.

3. A Evolução dos Acordos do Cade de 2000 a 2017

Frade, Andrade e Athayde⁴ apresentam que no período de 2000 a 2012 (período de vigência da lei 8.884/94⁵), quando se analisa a nacionalidade dos cartéis detectados por meio de acordos de leniência tem-se que 25 % seriam internacionais, 37% nacionais e 38% nacionais e internacionais, ou seja, 60% diriam respeito a cartéis ao menos em parte internacionais.

Os autores ainda apresentam que nos cinco anos de vigência da lei 12.529/2011⁶ 80% dos acordos de leniência firmados tratavam-se de cartéis nacionais, 14% dos acordo firmados tratavam de internacionais e 6% tratavam de cartéis nacionais e internacionais.

Os autores atribuem essa mudança de perfil nos cartéis detectados como sendo um reflexo do amadurecimento do Programa de Leniência brasileiro, da percepção de risco de detecção e de condenação.

Em relação ao perfil dos clientes afetados, os autores apresentam que durante a vigência da lei 8.884/94⁷, o perfil dos cartéis detectados por acordos de leniência era predominantemente de cartéis que afetavam clientes privados, 82%, sendo 9% de cartéis para clientes públicos e 9% cartéis que afetavam tanto a clientes públicos como privados.

No período de cinco anos de vigência da lei 12.529/2011⁸, os autores apresentam que observou-se a detecção por meio de acordos de leniência de 48% dos cartéis que afetavam clientes privados, 43% dos cartéis que afetavam clientes públicos e 9% afetaram clientes públicos e privados.

Eles atribuem o incremento na porcentagem de detecção ao incremento das políticas de combate a cartéis e fraudes a licitações.

Frade, Andrade e Athayde apresentam que durante o período

4 ATHAYDE, Amanda.; FRADE, Eduardo. THOMSON, Diogo. A evolução dos acordos de leniência e dos TCCs nos 5 anos de vigência da Lei 12.529/2011. in, A evolução do antitruste no Brasil. Celso Campilongo; Ricardo Pfeiffer (Org.). Editora Singular, 2018.

5 2000 a maio de 2012.

6 junho de 2012 a maio 2017.

7 2000 a maio de 2012.

8 junho de 2012 a maio de 2017.

de vigência da lei 8.884/94, observou-se que quase 80% dos TCC investigados eram ao menos em parte nacionais (59% no todo nacional e 19% em parte nacional).

Em relação aos clientes afetados, nos TCCs homologados durante a vigência da lei 8.884/94, os autores observaram que 89% eram relativos a cartéis que afetaram clientes privados, enquanto 11% seriam relativos a clientes públicos.

Nos primeiros cinco anos de vigência da lei 12.529/2011, os autores observaram que houve uma mudança razoável nos clientes afetados, aproximadamente 25% dos TCCs homologados tratavam de clientes públicos (14% para clientes públicos e 11% em parte públicos) e 75% para clientes privados.

4. Metodologia

A pesquisa que deu origem a este artigo parte do seguinte questionamento:

Dentre os cartéis detectados pelo Cade no período de 2015 a 2019, o número de pessoas jurídicas que firmaram Termos de Compromisso de Cessação de Conduta varia a partir da existência ou não de Acordo de Leniência no Processo e conforme as características do cartel?

Tivemos a seguinte hipótese principal:

Sim, no período de 2015 a 2019, o número de Pessoas Jurídicas que celebram TCC variará de acordo com as características do cartel detectado.

A coleta dos dados iniciou-se a partir de duas planilhas de acesso restrito da Coordenação-Geral Processual que congregavam os dados de todos dos TCC analisados pelo Tribunal desde 2007 e os processos administrativos iniciados desde 2015.

Na planilha com os dados referentes aos Processos Administrativos Instaurados verificou-se a instauração de 84 processos no período. Procedeu-se depois a consulta para verificar qual dos processos na listagem eram processos instaurados para apuração de responsabilidades apenas de pessoas físicas e foram eliminadas essas informações também visto que o presente estudo concentrou sua análise nos processos instaurados para apurar responsabilidade de pessoas jurídicas. Restando após tal operação 60 processos instaurados.

Na planilha com dados dos TCCs homologados reorganizou-se as colunas para contemplar o presente estudo. Depois de incluídas as novas colunas, elas foram povoadas a partir dos dados coletados no Sistema Eletrônico do Cade (SEI-Cade). Durante o levantamento de dados foi se conferindo e adequando as classificações que já haviam sido previamente realizadas pela Coordenação Processual do Cade.

Para levantar o número de pessoas jurídicas representadas no processo foram consultadas a decisão do tribunal, quando existente, a nota de saneamento ou a nota de instauração nesta ordem. Para levantar o número de pessoas jurídicas signatárias de Acordo de Leniência foram consultadas as decisões do Tribunal, quando já existente, ou os Acordos de Leniência assinados, nesta ordem. Para levantar o total de pessoas físicas que celebraram TCCs foram consultadas as certidões de plenário da data da homologação do TCC e contabilizadas quantas pessoas jurídicas faziam parte do termo de cessação de conduta.

Para viabilizar uma análise mais profunda dos dados coletados, foi elaborado um índice. Este índice considera o número de pessoas jurídicas representadas, o número de pessoas jurídicas signatárias de Acordo de Leniência, número de pessoas jurídicas que tiveram seus TCCs homologados, o número de pessoas jurídicas representadas que eram elegíveis a propor TCCs.

O índice foi batizado de Razão de Celebração de TCCs (RCT). Esta razão é alcançada pela divisão do total de pessoas jurídicas que celebraram TCCs pelo total de pessoas jurídicas representadas que eram elegíveis a propor TCCs.

$$RCT = \frac{\text{Total de Pessoas Jurídicas Que Celebram TCCs}}{\text{Total de Pessoas Jurídica Representadas Que Poderiam Propor TCCs}}$$

Durante o desenvolvimento do trabalho, colocou-se o seguinte dilema: os dados relativos à celebração de acordos de leniência: quem são os beneficiários, os números de beneficiários, até mesmo a existência ou não da celebração, são em regra, dados sigilosos e inacessíveis a pesquisadores externos ao setor de que trabalha com tais acordos. Assim, para obter alguns dados, tais como o número

total de pessoas jurídicas representadas que poderiam propor TCCs foi necessário ter acesso ao número de pessoas jurídicas que propuseram os Acordos de Leniência. Colocou-se então um dilema em relação à continuidade do estudo, uma vez que a repetição do experimento por outros pesquisadores externos se tornaria inviável, pois não terão acesso a tal informação. Entretanto, por entendermos que a tal dado poderia agregar informações relevantes que podem ser aproveitadas pelas instâncias internas do Cade, e repetida internamente, caso se entenda necessário, decidiu-se continuar com a análise.

O Razão proposta demonstrará de forma percentual a celebração de TCCs por pessoas jurídicas e viabilizará a comparação destas porcentagens de celebração de TCCs entre os processos e entre os conjuntos de processo com características semelhantes. Tais como processos que se relacionam a carteis nacionais ou internacionais, processos que se relacionam a clientes públicos ou privados. A partir deste índice será possível analisar e verificar as hipóteses propostas.

5. Principais Achados

Durante o período estudado (2015 a 2019) foram instaurados 60 processos com o objetivo de apurar infrações anticompetitivas de pessoas jurídicas relacionadas a Cartéis. Dentre esses processos observou-se que 36 tiveram a celebração de Acordos de Leniência (acordos totais ou parciais) e 24 originaram-se a partir de outras formas possível (denúncias, apurações Ex-Officio etc). O que nos dá uma proporção de 60 % de processos com Acordo de Leniência para 40% de processos instaurados por outros meios. Consolidando-se uma proporção 60/40. Logo, a partir dos dados coletados, é possível observar a predominância de processos instaurados com o auxílio de acordos de leniência.

Dentre do universo de 60 processos, observou-se a celebração de Termos de Cessação de Conduta em 39 processos, tendo 31 em processos iniciados por Acordo de Leniência e 8 em processos iniciados por outros meios.

A partir dos dados coletados é possível observar um número absoluto quase 4 vezes maior (3,87) de processos que tiveram TCCs e também tiveram acordos de Leniência Caso observemos o

universo de processos que tiveram Acordo de Leniência e TCC eles correspondem a, aproximadamente, 80% do universo de processos que tiveram a celebração de TCC.

Tais dados respondem a primeira parte de nossa pergunta de pesquisa o número de TCCs em processos que buscam responsabilizar pessoas jurídicas varia de acordo com a existência ou não de Acordo de Leniência no processo e a partir da análise dos dados coletados e analisados é possível afirmar que em processos que tiveram Acordo de Leniência há também um número maior de TCCs celebrados.

No período analisado, 2015 a 2019, foram celebrados 59 Acordo de Leniência pela Superintendência-Geral do Cade.

Para caracterização geográfica dos mercados utilizamos a divisão apresentada previamente. Os dados coletados foram agregados em 3 grupos: cartéis internacionais, cartéis nacionais e cartéis nacionais e internacionais (cartéis de atuação geográfica concomitante, ou, simplesmente, cartéis concomitantes).

A maior parte dos acordos de leniência foram celebrados em casos de cartéis nacionais, contando 52 acordos. No universo de estudo tivemos também, 6 acordos foram celebrados em cartéis internacionais com efeitos sobre o mercado brasileiro e 1 acordo foi celebrados em cartel concomitantes (nacionais e internacionais) . Distribuídos no gráfico abaixo:

Ao analisar a distribuição temporal dos acordos celebrados no período estudado, temos que em todos os anos houve uma prevalência de casos relativos a cartéis nacionais. Tendo seu ápice em 2017, quando foram denunciados por meio de acordo de Leniência 19 cartéis nacionais.

No ano de 2017, há um grande número de cartéis de nacionais denunciados por meio de Acordo de Leniência. Parte desta prevalência pode ser associada aos cartéis denunciados na operação Lava-Jato.

Para caracterizar a natureza jurídica dos clientes afetados pelos cartéis denunciados por acordos de leniência celebrados entre 2015 e 2019, utilizaremos a divisão previamente apresentada.

Os dados coletados foram agregados em 3 grupos: cartéis que afetaram majoritariamente clientes com personalidade jurídica de direito público ou ligadas diretamente ao Estado Brasileiro (cartéis públicos), cartéis que afetaram majoritariamente clientes privados

(cartéis privados), cartéis que atuaram afetaram tantos clientes privados quantos públicos (cartéis públicos e privados).

Em que pese a natureza jurídica dos afetados pelos cartéis denunciados em Acordos de Leniência celebrados entre 2015 e 2019, temos a prevalência de cartéis públicos.

Os números, entretanto, não se distanciam tanto sendo que no período estudado, entre 2015 e 2019, foram denunciados por meio de acordos de leniência 35 cartéis que afetaram clientes públicos, 23 cartéis que afetaram clientes privados e 1 cartéis que afetaram clientes públicos e privados.

O número de Pessoas Jurídicas Representadas em Decorrência dos Acordos de Leniência celebrados entre 2015 e 2019, é dado rico uma vez que o número de representados no processo serve de base para o cálculo da porcentagem de pessoas jurídicas que firmaram TCCs.

Destacamos mais uma vez que neste estudo, analisamos apenas o número de pessoas jurídicas representadas, logo os números são relativamente menores, quando incluídas as pessoas físicas tal número pode alcançar a casa das dezenas, em alguns casos centenas de representados. No presente levantamento o número de representados pessoas jurídicas foi de 2 (Beneficiário do acordo de leniência e um representado) até 49 representados.

A média de representados nos processos que tiveram origem em Acordos de Leniência, celebrados entre 2015 e 2019 é de 10,98, aproximadamente, 11 representados em cada processo instaurado.

Em alguns acordos de leniência a pessoa jurídica beneficiária assinou com mais de uma pessoa jurídica e na instauração também foi instaurado processo contra todas as pessoas jurídicas que assinaram o acordo. Observamos casos em que até 6 pessoas jurídicas assinaram em conjunto o acordo leniência. Nenhuma das empresas que assinou seriam elegíveis para firmar TCC, portanto fez necessário segregá-las em uma categoria específica.

Para tanto, sugerimos o cálculo do número de representados pessoas jurídicas responsabilizáveis pelo conluio, que consiste simplesmente em subtrair do número do total de representados o número de beneficiários do acordo de leniência firmado no caso. Isto é:

PJs Responsabilizáveis= total de representados - beneficiários do AL

Temos que os valores de PJs responsabilizáveis por conluíus denunciados em acordos de leniência foi de zero, para processos em que não foi instaurado PA, sendo essa a exceção. Em geral o número de pessoas jurídicas foi de 1 (i.e. apenas duas PJs fizeram conluio), para acordo em que foi instaurado processo, até 48 PJs responsabilizáveis.

A partir dos dados coletados foi possível afirmar que em 26 dos 59 processos iniciados por Acordos de leniência celebrados, entre 2015 e 2019, foram firmados ao menos um TCC. Isto representa dos 44% dos 59 processos iniciados a partir de AL no período. Ou seja, um pouco menos de 50%.

A partir dos dados levantados junto a Coordenação Geral Processual temos que de 2015 a 2019 foram instaurados, 60 processos para apuração de cartel, destes 24 foram iniciados por expedientes outros que não o acordo de leniência.

Neste universo tivemos 7 processos com TCCs firmados, logo temos uma proporção de 29,16% de processos não tiveram Acordo de Leniência e com TCCs homologados.

Tal dado nos parece coerente com a ideia de que os processos com Acordo de Leniência por contarem com a colaboração de um dos partícipes da conduta para reunir evidências tende a responsabilizar um número maior de envolvidos.

Conforme destacado na sessão anterior, dos 59 Acordos de Leniência firmados, no período de 2015 a 2019, apenas em 26 processos derivados destes acordos foram firmados TCCs. Deste universo derivaram 77 Termos de Cessação de Conduta, no período estudado.

Podemos então ter uma média geral dos processos iniciados a partir de Acordos de Leniência, considerando os 59 Acordos, e uma média mais específica, considerando apenas os 26 AL em que foram firmados TCCs.

Teríamos uma média geral de 1,3 TCC firmados em processos iniciados a partir de Acordos de Leniência, isto equivale a dizer de uma forma ampla que cada AL assinado geraria 1,3 TCCs. De forma bem grosseira, poderíamos, então, predizer que em um ano com 10 ALs firmados, possivelmente, derivarão 13 TCCs no decorrer destes processos no Cade, entre a SG e o Tribunal.

Há ainda a possibilidade de examinarmos uma média específica, que leva em conta apenas os 26 AL em que foram firmados TCCs.

Neste caso, teríamos uma média de 2,9 TCCs por processo iniciado em AL em que ocorreram TCCs. Isto equivale a dizer, que quando há o primeiro TCC, há uma grande chance que hajam outros, possivelmente, mais dois em média.

O número de TCCs firmados por processo, seja sua média geral, seja sua média específica não é um dado de grande profundidade, pois o número de TCCs firmados não indica o quantitativo de representados que firmaram o termo.

Entendemos também que este dado isoladamente não é uma medida boa para verificar a qualidade do Acordo de Leniência, ou de suas provas. Entretanto, de alguma forma serve de balizador para se entender, analisar e estudar a Política de Acordos do Cade.

Em busca de um índice com maior valor analítico, sugerimos verificar a porcentagem de representados que firmaram os TCCs. Desta forma, é possível contemplar as idiosincrasias de cada caso em específico e criar séries por categoria, por natureza jurídica dos clientes afetados e por abrangência geográfica de atuação dos cartéis denunciados por Acordo de Leniência.

O processo originado de AL que teve o maior número de TCCs homologou 10 acordos. De forma oposta tivemos 30 processos originados de AL em que não houve nenhum TCC homologado.

É um pouco intuitivo que quanto maior o número de TCCs firmados maior será a porcentagem de representados a firmar acordos, entretanto, é possível em tese que um único TCC firmado contemple 100% dos representados, como também é possível que no caso em que foram firmados 10 TCCs, levando em conta o dado apresentado anteriormente, em que temos um processo originado em AL com 48 representados responsabilizáveis, tenha sido contemplado nos TCCs menos de 30% dos elegíveis ao termo.

Nos 77 TCCs firmados nos 26 processos iniciados por ALs que tiveram TCCs firmados o universo possível de representados responsabilizáveis era de 573 pessoas jurídicas, sendo esse o número máximo de compromissários que poderia ser alcançado caso todas as Pessoas Jurídicas tivessem firmado TCC.

Nestes processos iniciados por ALs que tiveram TCCs firmados tivemos 81 compromissários firmando os TCCs, o que dá uma média de 3,11 PJ responsabilizável por TCCs.

Quando se analisa o número de pessoas jurídicas que firmaram TCCs mais que o número absoluto de quantas o fizeram, é relevante

saber qual a porcentagem das que o fizeram, pois desta forma seria possível analisar, em tese, de uma melhor maneira qual foi o alcance da colaboração fornecida pelo compromissário do AL.

Em tese, um AL que é seguido da celebração de 100% dos possíveis compromissários de TCC, poderia ser considerado mais bem-sucedido do que aquele que tem uma baixa porcentagem de adesão.

6. Razão de Celebração de TCCs - RCT

Para possibilitar uma análise mais significativas dos dados levantados e ter um dado consolidado da relação entre ALs celebrados e a adesão de Pessoas Jurídicas a TCCs, sugerimos a elaboração de um índice para tentar auxiliar na avaliação da adesão à Política de Termos de Cessação de Conduta dos processos iniciados em AL no período de 2015 a 2019, ao qual chamamos de Razão de Celebração de TCCs - RCT.

Para calcular o RCT sugere-se fazer a razão entre as pessoas jurídicas que celebraram TCC, sobre o número de pessoas jurídicas que poderiam fazê-lo. Para chegar ao número de pessoas jurídicas que poderiam celebrar TCC, deve-se subtrair o número de pessoas jurídicas representadas do número de pessoas jurídicas do número de pessoas jurídicas que firmaram o AL.

$$RCT = \frac{\text{total de pessoas jurídicas compromissárias de TCC}}{\text{total de pessoas jurídicas responsabilizáveis (Total de pessoas jurídicas representadas - Total de pessoas jurídicas que firmaram Acordo de Leniência)}}$$

A razão apresentada chamamos de RCT. Tal razão pode ser calculada com diversos recortes e nos possibilita comparar conjuntos diferente de carteis denunciados por meio de Acordo de Leniência no período estudado.

É possível calcular o RCT de cada processo, utilizando racional descrito. Levanta-se o número de pessoas jurídicas compromissárias dos TCCs do processo e divide-se pelo número de pessoas jurídicas responsabilizáveis pelos conluíus. Teremos desta maneira o RCT de cada Processo. De posse desta porcentagem é possível comparar como está se dando a celebração de TCCs em diferentes processos

É possível ainda calcular RCT de um conjunto de processos, de categorias específicas formada a partir: da agregação dos mercados

afetados, da agregação tendo em conta o perfil dos clientes afetados, da agregação tendo em conta o escopo geográfico de atuação dos cartéis ora investigados e no limite agregação tendo em conta alguma ação estatal.

O RCT de um processo ou RCT_P, pode variar de 1, em que 100% das pessoas jurídicas responsabilizáveis pelo conluio aderiram a Termos de Cessação de Conduta, até RCT_P zero, caso em que não houve nenhum compromissário de TCC, ou seja, nenhum TCC foi firmado.

De acordo com os dados coletados, temos que em 36 processos do nosso universo o RCT_P foi igual a zero. Em outros 8 processos do universo estudado tivemos o RCT_P igual a 1, ou seja, todas as possíveis pessoas jurídicas responsabilizáveis tornaram-se compromissárias de TCC.

O RCT médio do universo analisado no período analisado (59 processos instaurados a partir de ALs), ou RCT_M, foi calculado a partir da média aritmética dos RCT_Ps levantados. Tivemos que o RGCT_M para o período de 2015 a 2019 foi de 35,54%.

$$\text{RGAT}_M \text{ ou } \text{RGAT}_m = \frac{(\text{RAT}_{\text{processo.1}} + \text{RAT}_{\text{processo.2}} + \dots + \text{RAT}_{\text{processo59}})}{(59)} / \text{N.de Processos iniciados por AL}$$
$$\text{RGAT}_{m(2015-2019)} = 35,05\%$$

Entendemos que a partir desta porcentagem seja possível tecer comparações, subsidiar conclusões e elaborar melhores perguntas para futuras pesquisas.

Esse é um dado que representa o passado e não pode de forma nenhuma ser utilizado de forma preditiva, mas tem seu valor analítico..

O número em si, é bastante alto, em média, nos processos iniciados por Acordo de Leniência, 1/3 das pessoas jurídicas em cada processo que tinham a possibilidade de firmar TCC, o fizeram.

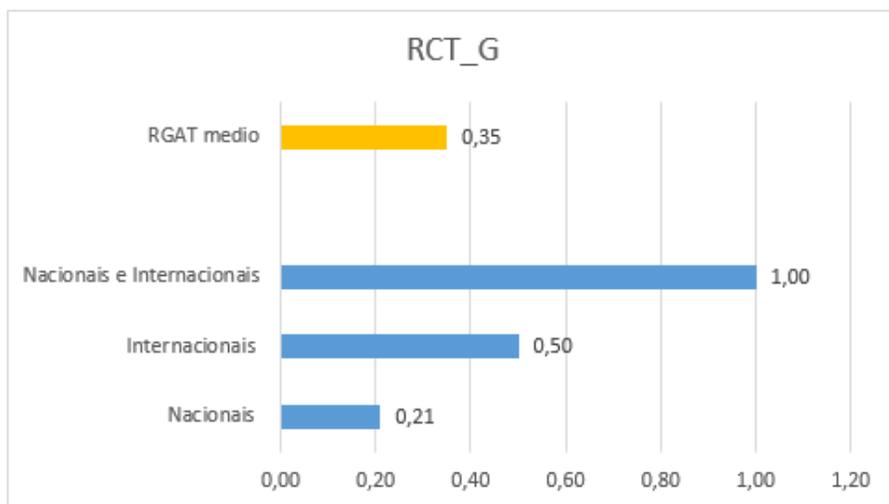
Tal dado pode ganhar relevo e capacidade analítica adicional se fizermos o seu levantamento por categorias, pois tomados em conjunto os casos têm característica e traços distintivos dos outros conjuntos.

Os diversos processos abertos a partir de denúncias em Acordos de Leniência podem ser segregados de acordo com a atuação do conluio denunciado no âmbito do territorial.

Utilizando-se da agregação dos Acordos de Leniência firmados

entre 2015 e 2019, é possível gerarmos uma RCT baseada nesta visão geográfica dos cartéis, podendo assim comparar se há ou não diferença razoável na assinatura de TCCs dos diferentes grupos de cartéis a partir da ótica de atuação geográfica. Chamaremos de RCT_G.

Gráfico 1: RCT de acordo com as características geográficas do cartel



Quando fazemos o recorte geográfico a partir das informações de atuação dos cartéis temos que as pessoas jurídicas que foram representadas por tomar parte nos cartéis internacionais com efeitos no Brasil firmaram muito mais TCCs do que os seus pares de cartéis de atuação nacional.

Fica o questionamento do por que deste padrão e algumas hipóteses emergem. Muitas vezes os cartéis internacionais são investigados em outras jurisdições como nos Estados Unidos ou na União Europeia, então, e uma vez que tenham confessado, feito acordo ou sido condenados em um destas jurisdições e que tenham sido comprovados os efeitos no território brasileiro ficaria muito difícil negar e defender-se, logo o caminho mais rápido e racional seria ou tentar emplacar um Acordo de Leniência no Brasil, ou firmar um TCC e reduzir a exposição e o desgaste da imagem no País.

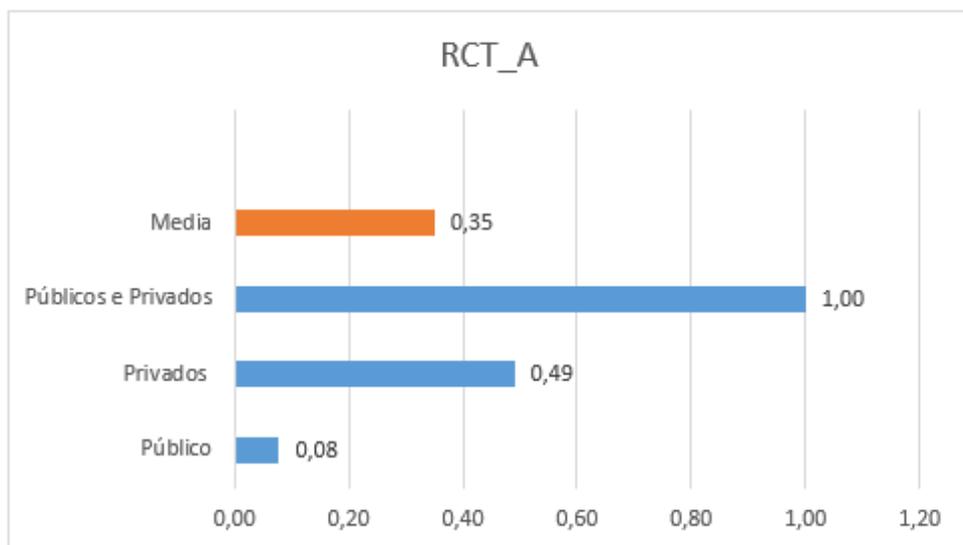
Os cartéis classificados como nacionais e internacionais guardam semelhança de motivos com os cartéis internacionais e suas pessoas jurídicas internacional tem os mesmos incentivos a firmar TCCs. Entretanto neste caso não é possível fazer maiores hipóteses, pois

no período tivemos um pequeno número de carteis com atuação concomitante nacional e internacional.

O dado deixa claro por sua magnitude que existiu uma maior adesão de pessoas jurídicas envolvidas em cartéis internacionais aos TCCs. O que de certa forma confirma parte da hipótese inicial deste estudo.

Levando em conta a natureza jurídica dos clientes afetados pelos conluios, temos o seguinte gráfico:

Gráfico 2: RCT de acordo com as características do Cliente afetado pelos carteis



As pessoas jurídicas de carteis que afetaram tanto os clientes públicos, quanto os clientes privados foram as que mais firmaram TCCs, com um RCT_A de 1. Esse número embora enorme é limitado para podermos fazer maiores conclusões uma vez que foi apenas um pequeno número de carteis tinha essa característica. O RCT_A das pessoas jurídicas que firmaram TCCs em processo cujos os conluios afetaram clientes privados foi de 0,49. O que equivale a dizer que quase metade das pessoas jurídicas passíveis de responsabilização firmaram TCCs;

RCT_{-Apúblico} que foi de 0,08, chama a atenção pela distância que está do RCT_{-Aprivados}, 49 pontos percentuais. Tal dado nos permite afirmar que a celebração de pessoas jurídicas que participaram de conluios que afetaram clientes públicos foi muito menor em relação aos seus pares que afetaram clientes privados.

É possível elencar uma série de motivos e possíveis hipóteses para tal distanciamento, entretanto, acredito que uma hipótese plausível a respeito do distanciamento entre o $RCT_{-Apúblico}$ e $RCT_{-Aprivado}$ seja que quando se trata de clientes públicos, o afetado costuma ser mais facilmente identificável, restringindo-se a um ente da federação etc o que tornar mais fácil que tal ente ou entidades se articulem para pleitear, muitas vezes com apoio do Ministério Público, o ressarcimento dos danos. A maior possibilidade de ter que arcar com o ressarcimento provavelmente deve ter servido como um tipo de desestímulo à celebração de TCCs.

No cartéis que afetam clientes privados ($RGCT_{-Aprivado}$), muitas vezes o dano é difuso, sobre entes atomizados, em que é muito difícil é a articulação para solicitar o seu ressarcimento. Logo, a maior possibilidade de ressarcimento em cartéis público serviria como um fator que aumenta o custo de fazer o TCC, que sempre possui uma assunção de culpa e, logo abre a possibilidade, quase certa de indenização.

Destacamos que os parágrafos anteriores são apenas hipóteses que o presente estudo não se propôs a verificar.

Conclusão

A partir do levantamento de dados e do estudo foi possível chegar a algumas conclusões:

Primeiro, conforme já apresentado anteriormente durante o período estudado (2015 a 2019) observou-se a instauração de 60 processos com o objetivo de apurar infrações anticompetitivas de pessoas jurídicas relacionadas a Cartéis. Dentre eles 36 tiveram a celebração de Acordos de Leniência (acordos totais ou parciais) e 24 originaram-se a partir de outras formas possível (denúncias, apurações Ex-Officio etc). Chega-se então a uma proporção de 60% dos processos originados em Acordo de Leniência para 40% de processos instaurados por outros meios.

Nos 60 processos observou-se a celebração de Termos de Cessação de Conduta em 39 processos, sendo 31 desses processos iniciados por Acordo de Leniência e 8 em processos iniciados por outros meios. Chega-se então em uma proporção de, aproximadamente, 80% dos TCCs são em processos originados em Acordo de Leniência.

Para cada processo iniciado em Acordo de leniência foram

celebrados 0,79 Termos de Cessação de Conduta, e para cada processo iniciado por outros meios foram iniciados 0,33 TCCs.

A partir da análise dos dados coletados e analisados é possível afirmar que em processos que tiveram Acordo de Leniência há também um número maior de TCCs celebrados.

A partir dos dados levantados e dos estudos realizados, é possível afirmar que a responsabilização em TCCs que de processos que se iniciaram em Acordo de Leniência varia de acordo com a natureza nacional ou internacional da abrangência geográfica do Cartel, sendo que dentre os cartéis detectados estudados, observou-se uma maior porcentagem de celebração de TCCs nos cartéis de abrangência internacional.

É possível pensar diversas hipóteses para explicar essa maior porcentagem de pessoas jurídicas responsabilizadas em TCCs nos cartéis de atuação internacional, mas acreditamos que o fato de muitos dos casos internacionais terem investigações anteriores ou concomitantes em outras jurisdições estimule as partes que não conseguiram fazer acordo de leniência no Brasil a firmarem TCCs. Tal hipótese poderá ser testada em estudos posteriores.

A partir dos dados levantados e dos estudos realizados, também é possível afirmar que a responsabilização de pessoas jurídicas também se altera conforme as características do cartel detectado em relação as características do cliente afetados pelos conluíus detectados por meio de acordo de leniência. Observou-se uma maior porcentagem de celebração de TCCs nos cartéis que afetaram a clientes privados.

Da mesma forma, é possível formular diversas hipóteses para explicar porque há uma menor porcentagem de pessoas físicas responsabilizadas por meio de celebração de TCCs em casos que afetaram clientes públicos, mas acreditamos que a questão da indenização dos danos causados, por ser mais concentrada e mais facilmente identificada no caso de clientes públicos, e por isso mais provável, serve como um fator de desestímulo a celebração de TCCs em cartéis que afetaram clientes públicos.

Referências bibliográficas

CORDOVIL, L. et al. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GABAN, E.M.; DOMINGUES, J. O. Direito Antitruste. 4ed: Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

ATHAYDE, A.. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: Teoria e Prática. 1 ed.: Belo Horizonte, 2019.

FORGIONI, P. Os Fundamentos do Antitruste. 9 ed: São Paulo, 2016.

MOTTA, M.; SALGADO, L.H. Política de Concorrência: Teoria e Prática. 1 ed.: Editora Elsevier, Rio de Janeiro, 2015.

OECD, - 2019 - Recommendations of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels (2019) https://qdd.oecd.org/subject.aspx?Subject=OECD_HIC acesso em: 17.04.2020 20h.

OECD, Cartéis – Seus Danos e Punições Efetivas <http://www.oecd.org/competition/cartels/1935129.pdf>, consultado em 02.04.2020 as 16h15.

CADE, Guia de TCC do Cade – 2016 - http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17 acesso em 16.05.2020 acesso em 16.05.2020 16h20.

Guia de Leniência do Cade -2018- http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-atualizado-ago-2018.pdf acesso em 24.03.2020 16h46.

ANDRADE, FLAVIO DA SILVA. Reflexões sobre os Instrumentos de Consenso na Defesa da Concorrência. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 109-121, jan./abr. 2017

CADE, Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (RiCade) – 2020 - <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno-1> acesso em 27.03.2020 15h54.

Legislação: lei 8.666/1993 de 21.06.1993; lei 8.137/1990 de 27.12.1990; Código Penal – Decreto-Lei 2.848 de 7.12.1940.

Análise do conjunto probatório de condutas anticompetitivas obtido por meio de acordo de leniência antitruste com base nos processos administrativos julgados pelo tribunal administrativo de defesa econômica no período de 2015 a 2019

Jociany Monteiro Luz¹

RESUMO

O presente trabalho analisa o conjunto probatório mencionado em votos de processos administrativos julgados pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica e que foram instaurados a partir da celebração de acordo de leniência antitruste. O objetivo do trabalho é identificar e caracterizar os documentos considerados para a decisão do Tribunal, principalmente os derivados de acordo de leniência antitruste. Foi realizada pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa, e foram analisados os votos e as ata de sessão de julgamento do Tribunal. O trabalho identificou que o diferencial entre as provas citadas nos votos em relação à decisão do Tribunal concentra-se no conteúdo do documento que evidencie o caráter anticompetitivo da conduta julgada. Observou-se que o conjunto probatório se originou, majoritariamente, além de acordo de leniência, também de operações de buscas e apreensão e da celebração de termo de cessação de conduta, o que evidencia a importância da condução do processo administrativo.

Palavras-chave: cartel; programa de leniência antitruste; conjunto probatório; Cade; conduta anticompetitiva.

¹ Especialista em Desenvolvimento Produtivo pela Escola Nacional de Administração Pública e atualmente está como coordenadora de modernização do Sistema Nacional de Emprego no Ministério da Economia. E-mail: jociany luz@gmail.com

ABSTRACT

The paper analyzes the evidential set mentioned in votes of administrative proceedings judged by the Administrative Court of Economic Defense and which were initiated from the conclusion of an antitrust leniency agreement. The objective of this paper is to identify and characterize the documents considered for the Court's decision, mainly those derived from an antitrust leniency agreement. It was done a bibliographic research, with a qualitative approach, and the votes and minutes of the Court's judgment session were analyzed. The paper identified that the difference between the evidence mentioned in the votes is concentrated on the content of the document that shows the anti-competitive of the conduct judged. It was observed that the evidential set originated, mainly, in addition to a leniency agreement, also from search and seizure operations and from cease and desist agreement, which highlights the importance of conducting the administrative process.

Keywords: cartel; antitrust leniency program; evidence; CADE; anticompetitive conduct.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Revisão de Literatura*; 3. *Metodologia da Pesquisa*; 4. *Resultados e Discussão*; *Conclusões*; *Referências*.

1. Introdução

No âmbito do Sistema de Defesa da Concorrência, a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), do ponto de vista da função repressiva, inclui, entre outras, a detecção de condutas anticompetitivas e, em consequência, a aplicação de sanções cabíveis quando constatada a infração à ordem econômica. Diante da dificuldade de detecção de tais condutas, acordos com participantes da prática constituem um dos principais e efetivos mecanismos de detecção de infrações à ordem econômica.

O legislador brasileiro instituiu o Programa de Leniência antitruste em que é celebrado acordo entre a autoridade da concorrência e uma das pessoas participantes das condutas, que, por sua vez, em troca, recebe benefícios ao cumprir as obrigações do acordo. Ao mesmo tempo, ao observar o conceito amplo de infração à ordem econômica, é comum a comunidade acadêmica e os agentes econômicos

questionarem o padrão probatório e a valoração das provas consideradas pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica para comprovar a materialidade da conduta e, por conseguinte, conduta anticompetitiva.

O presente artigo objetiva caracterizar o conjunto probatório de condutas anticompetitivas, cujas provas foram obtidas por meio de acordo de leniência antitruste e que foram relevantes para o resultado da análise do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica com base nos processos administrativos julgados.

Inicialmente, é apresentada revisão da literatura sobre infração à ordem econômica, ao programa de leniência e provas no direto administrativo sancionador. Em seguida, são abordados aspectos metodológicos da pesquisa. A seção seguinte apresenta resultados sobre o conjunto probatório sob a óptica de acordos de leniência antitruste, obtidos a partir da análise dos processos julgados pelo Tribunal. Posteriormente, tem-se a conclusão em que são postos os principais resultados da pesquisa e reflexões sobre acordo de leniência e conjunto probatório para comprovar a materialidade da conduta.

2. Revisão de Literatura

No Brasil, a Lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011, estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. No âmbito SBDC, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica consiste num dos órgãos que compõe o Cade e, entre as diversas competências elencadas na Lei nº 12.529/2011, destaca-se a “decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei” (inciso II, art. 9º). Referida Lei Antitruste também estabelece que infração à ordem econômica constitua:

[...] os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(BRASIL, 2011).

Destarte, a conduta ou o acordo ou deve objetivar modificar as

condições concorrenciais em favor de um grupo de produtores ou pode produzir efeito líquido negativo sob o ponto de vista concorrencial, mesmo que potencial para enquadrar-se como infração à ordem econômica. Quando se tratar de um mercado internacional, as práticas anticoncorrenciais devem produzir necessariamente efeitos no Brasil. Com relação às tipologias de condutas anticompetitivas, § 3º, do art. 36, da Lei nº. 12.529/2011, menciona um rol exemplificativo de condutas que se enquadram como infração à ordem econômica: fixação de preços, divisão de mercado, controle de oferta, auxílio ao carte, entre outros. É imprescindível a análise do caso concreto para verificar se atende, ou não, ao especificado no caput do art. 36. (CADE, 2016a).

Quanto às condutas anticompetitivas, o cartel é se caracteriza principalmente pela ação coordenada de agentes econômicos num determinado mercado com o intuito de modificar as condições daquele mercado e, em consequência, desequilibrar o ambiente concorrencial (livre concorrência). Existem diversas categorias de classificação de cartéis: quanto a variável concorrencialmente objeto da conduta (cartéis de alocação de preço/quantidade e de alocação de mercado ou grupos de clientes); difusos (*soft*) ou clássicos (*hard core*); nacionais ou internacionais; de compra ou de venda. (MARTINEZ, 2013).

A partir daí, tem-se que, no direito antitruste brasileiro, as condutas anticompetitivas podem ser ilícitas pelo objeto ou pelo efeito, o que as diferenciam umas das outras é, principalmente, a presunção de ilicitude, não, do acordo. No ilícito por objeto, presume-se que a conduta gera efeitos líquidos negativos no ambiente concorrencial e configura-se por presunção de ilicitude relativa. A autoridade não necessita elucidar tais efeitos, nem o mercado relevante ou outras características da prática ou da dinâmica do mercado, ocorrendo uma inversão do ônus probatório. Já os ilícitos por efeitos caracterizam-se pela presunção da licitude, por isso requer da autoridade uma análise concorrencial da conduta, com o intuito de demonstrar efeitos líquidos negativos, mesmo que potencial, e, assim, a ilicitude da conduta. (SILVEIRA; BAQUEIRO, 2018).

Ao considerar a jurisprudência do Cade, Silveira e Barqueiro (2018) argumentam que existe uma terceira categoria de ilícito, inspirada pelo direito antitruste americano. Chamada de ilícito *per se*, foi utilizada para casos de cartéis do tipo *hard core* e assume a presunção absoluta de ilicitude da conduta. Por conseguinte, Silveira e Baqueiro

(2018, p. 149) afirmam que:

[...] é possível dizer que existem, na prática atual do Cade três categorias de infração à ordem econômica, que se regem por regimes de análise e de presunção próprios, com consequências jurídicas distintas. O ilícito por efeitos demanda uma análise mais aprofundada sobre o mercado e os efeitos e justificativas da conduta, tendo presunção de licitude, de modo que cabe à autoridade antitruste comprovar a potencialidade lesiva da conduta; o ilícito por objeto requer análise menos rigorosa, uma vez que existe uma presunção da sua potencialidade lesiva, da qual resulta presunção relativa de ilicitude e inversão do ônus probatório, cabendo aos representados apresentarem argumentos que afastem a ilicitude; por fim, o “ilícito per se” demanda apenas uma análise quanto à autoria e à materialidade da conduta, por ter sobre si uma presunção absoluta de ilicitude.

Dentre as diversas formas de detecção de condutas anticompetitivas, destaca-se o acordo de leniência, em que um dos participantes da conduta celebra acordo com a autoridade antitruste, de forma a identificar os demais participantes e apresentar evidências, entre outras exigências, e, em contrapartida, o leniente recebe benefícios como a imunidade administrativa ou penal e redução das sanções (OCDE, 2020).

No caso brasileiro, o Programa de Leniência Antitruste está previsto nos artigos 86 e 87 da Lei nº. 12.529/2011, e, em sua maioria, abarcam infrações denominada cartel. O Programa determina que o solicitante, além de dar detalhes da dinâmica da conduta anticompetitiva, dos participantes, do mercado e do período da conduta, deve apresentar evidências capazes de comprovação da conduta anticompetitiva. Em contrapartida, o leniente (pessoas jurídicas e/ou pessoas físicas) se beneficia com extinção da ação punitiva da administração pública ou redução da sanção e outros no âmbito penal quando o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica declara que o leniente atendeu ao previsto no acordo (CADE, 2006b). Uma vez detectada e investigada conduta anticompetitivas e após a manifestação dos representados no processo administrativo, bem como, realizada a análise da Superintendência-Geral do Cade, o processo administrativo referente à prática anticoncorrencial é encaminhada para o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica que, conforme a Lei nº. 12.529/2011, compete decidir sobre a existência da infração à ordem econômica e aplicar as penalidades.

O acordo de leniência antitruste e, principalmente seus anexos

(histórico de conduta e documentos apresentados pelo signatário) constituem elementos fundamentais para o processo decisório do Tribunal quanto à licitude, ou não, da conduta competitiva reportada. Nesse contexto, associado às categorias de análise da infração a ordem econômica, o padrão probatório configura-se de relevante importância, principalmente quando se trata de cartel, quando a comprovação do ajuste é elemento chave para a presunção da ilicitude. Assim, a existência do fato é demonstrada meio da prova.

A doutrina conceitua que a prova “... abarca a noção de atividade a ser desenvolvida para chegar ao conhecimento do *factum probandum* e da convicção judicial, em relação a veracidade dos fatos afirmados em juízo.”, quer dizer, possibilita ao juiz elucidar os fatos discutidos e que são objetos do processo. Com relação ao fato que se busca elucidar, a prova pode ser direta, quando se relaciona diretamente com fato probando, ou indireta, quando se refere a outro fato que, pelo raciocínio-lógico, chega-se ao fato probando (CAMBI, 2006).

Ainda, a prova possui um caráter relacional, em que deve ser considerada sempre em relação a algo, no âmbito de um contexto (DALLAGNOL, 2018). Daí parte-se para uma suposição do julgador, elaborada a partir do raciocínio lógico e do seu conhecimento, a respeito do objeto que, por meio do conjunto probatório, será confirmado ou não. Isso posto, considera-se valoração de prova, o mecanismo utilizado pelo juiz, norteado por normas jurídicas, que possibilita mensurar em que medida a prova ou conjunto probatório, em um processo, demonstram o fato probando (SILVEIRA; LACERDA 2018).

De acordo com Silveira e Lacerda (2018, p.87), “a jurisprudência do Cade aponta para o uso de padrão probatório mais rigoroso no Direito Administrativo Sancionador, semelhante ao utilizado na esfera criminal”, e para valoração de prova de processos administrativos julgados no Tribunal Administrativo da Defesa da Concorrência, a regra utilizada é o sistema de livre convencimento motivado. De fato, Silveira e Lacerda (2018, p. 88) concluem que:

[...] se deve adotar, no Direito Administrativo sancionador, o sistema do livre convencimento motivado para a valoração da prova. Dessa forma, tem-se como indevida qualquer tentativa de tarifar o valor de categorias de provas aprioristicamente, tais como provas indiretas, provas decorrentes de acordos de colaboração, provas documentais unilaterais, entre outras. Todas as provas devem ser analisadas holisticamente e, caso o julgador se convença, para além de uma dúvida razoável, da existência de uma infração à ordem econômica, deverá condenar

com base nesses elementos probatórios, indicando-os de forma clara e coerente em sua fundamentação.

Em contrapartida, Coêlho (2016) argumenta que é necessária a adoção de requisitos objetivos para a valoração probatória dos indícios no âmbito do direito antitruste com vista a garantir a segurança jurídica e a igualdade entre as partes e evitar a discricionariedade do juiz. A autora considera que o uso de indícios não é suficiente, assim como é ineficaz a teoria do paralelismo plus para condenação de cartéis ao questionar o grau de valoração das provas, associado aos direcionamentos interpretativos pessoais e expectativas, do julgador.

Correia (2016) e Silveira e Lacerda (2018) relatam que a prova indireta é utilizada amplamente nas justificativas e motivações das decisões do Tribunal sob o prisma conjunto probatório, quer dizer, considera-se na análise determinada prova no âmbito de todas as outras provas apresentadas no processo, não parte de uma decisão a partir de apenas uma prova. Nessa linha, Vieira (2019, p. 74) analisou as provas de julgados do Cade de casos de cartel entre janeiro de 2016 e julho de 2019 e conclui que “somente 9% das condenações em cartéis pelo Cade são fundamentadas somente em provas indiretas, ao passo que 91% foram proferidas embasadas em elementos probatórios híbridos, ou seja, tanto provas diretas e indiretas combinadas”.

3. Metodologia da Pesquisa

A presente pesquisa utilizou a concepção metodológica indutiva e adotará a abordagem qualitativa e, do ponto de vista dos objetivos, a pesquisa será do tipo descritiva. Analisou-se a origem do conjunto probatório de cada um dos processos administrativos dos julgados pelo Tribunal Administrativo de Defesa da Concorrência, entre os anos de 2015 e 2019, que se iniciaram da celebração de acordo de leniência antitruste para que concluir sobre do padrão probatório originário e o resultado da análise do Tribunal.

Quanto aos procedimentos de coleta de dados e fonte de dados, a pesquisa caracteriza-se por documental e bibliográfica. Foram utilizados como fontes de dados secundárias: votos e atas das sessões de julgamentos de processos administrativos instaurados pelo Cade que foram instaurados em razão da celebração de acordo de leniência antitruste, dados do painel estatístico Cade em Números e estudos ou livros acadêmicos.

Por seu turno, o procedimento de análise dos dados textuais da pesquisa foi análise do conteúdo. Inicialmente foi realizada análise dos documentos que compõem os processos administrativos e, em seguida, foram selecionados os votos e as atas de sessão de julgamento. No que tange ao acesso aos documentos, é importante mencionar que o acordo de leniência antitruste e o histórico de conduta (documento que relata a dinâmica da conduta anticompetitiva, participantes, mercado afetado, entre outros) são documentos classificados como sigilosos. Ainda, em alguns votos², as imagens das evidências e as informações sobre o conjunto probatório foram classificadas como acesso restrito.

Os números dos processos administrativos julgados pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica foram obtidos por meio do acesso ao site do Programa de Leniência do Cade. Identificou-se que, entre 2015 e 2019, foram 27 casos julgados que equivalem a 31 processos, disponíveis no site do Cade. Isso representa mais da metade em relação ao total de acordos de leniência antitruste julgados pelo Tribunal.

Tabela 1 - Processos Julgados de Casos relacionados ao Acordo de Leniência Antitruste

Nome do Caso	Nº do Processo Administrativo	Data do Acordo de Leniência	Data do Julgamento
Cartel Internacional dos Peróxidos	08012.004702/2004-77	06/05/2004	09/05/2012
	08012.007818/2004-68		16/07/2015
Cartel Internacional de Mangueiras Marítimas	08012.010932/2007-18	13/08/2007	25/02/2015
	08012.001127/2010-07		04/04/2016
Cartel internacional de Placas de Memória	08012.005255/2010-11	24/11/2011	23/11/2016
Cartel internacional de CRT	08012.005930/2009-79	29/07/2009	09/11/2016
Cartel de Plásticos ABS	08012.000774/2011-74	17/12/2010	14/09/2016
	700.009161/2014-97		14/09/2016

2 Os processos administrativos são: 08700.000729/2016-76, 08700.000739/2016-10, 08700.000738/2016-67 (Cartel de Laranjas); 08700.004631/2015-15 (Cartel de Airbags, Cintos de Segurança e Volantes); 08700.008005/2017-51 (sigiloso); 08700.008004/2017-15 (sigiloso); e 08012.011980/2008-12 (Cartel de Transistores de Película Fina para Painéis de Cristal).

Cartel Internacional de TPE	08012.000773/2011-20	17/12/2010	31/08/2016
Cartel Internacional dos Compressores	08012.000820/2009-11	30/01/2009	16/03/2016
Cartel Internacional de Perborato de Sódio	08012.001029/2007-66	11/09/2006	25/02/2016
Sigiloso	08700.008004/2017-15	24/05/2012	13/12/2017
Sigiloso	08700.008005/2017-51	24/05/2012	13/12/2017
Cartel de rolos cerâmicos refratários	08700.004627/2015-49	29/06/2015	22/11/2017
Cartel de Manutenção predial	08012.006130/2006-22	23/06/2006	06/11/2017
Cartel de Airbags, cintos de segurança e volantes	08700.004631/2015-15	29/06/2015	06/09/2017
Cartel de Tubos para display colorido	08012.010338/2009-99	12/12/2008	22/08/2018
Cartel de Tubos para imagem colorida	08012.002414/2009-92	12/12/2008	22/08/2018
Cartel de Gas Insultaed Swichgear	08012.001376/2006-16	11/11/2005	08/08/2018
Cartel no mercado nacional de amortecedores dianteiros e traseiros para o setor automobilístico	08700.004629/2015-38	24/09/2015	13/06/2018
	08700.004073/2016-61		24/04/2019
Cartel de recarga eletrônica para celulares pré-pagos	08012.002812/2010-42	12/03/2010	13/06/2018
Cartel de laranjas	08700.000729/2016-76	12/01/2006	28/02/2018
	08700.000739/2016-10		
	08700.000738/2016-67		
Cartel internacional, com efeitos no Brasil, no mercado de substratos de cerâmica	08700.009167/2015-45	17/12/2015	16/10/2019
Cartel em licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares	08700.004617/2013-41	22/05/2013	08/07/2019

Cartel no segmento IAM do mercado nacional de para-brisas	08700.010320/2012-34	24/05/2012	26/06/2019
Cartel no mercado de transistores de película fina para painéis de cristal líquido	08012.011980/2008-12	17/12/2010	27/02/2019
Cartel no mercado de comercialização de produtos destinados à transmissão e distribuição de energia elétrica no âmbito do sistema elétrico de potência	08012.001377/2006-52	11/11/2005	13/02/2019
		03/12/2008,	
		02/09/2010	
Cartel no mercado nacional e internacional de sistemas de direção assistida elétrica	08700.003735/2015-02	24/04/2015	13/02/2019
Cartel internacional com efeitos no Brasil, no mercado de unidades de discos ópticos	08012.001395/2011-00	18/03/2010	30/01/2019

Fonte: CADE (2020)

A partir da análise textual preliminar e pesquisa bibliográfica, definiu-se categorias/variáveis de análise capazes de caracterizar o conjunto probatório e a decisão do plenário do Tribunal: tipo da conduta quanto ao nível geográfico; mercado afetado; breve descrição da conduta; licitação pública (sim ou não); conselheiro relator; decisão do conselheiro relator; existência de voto vogal e respectivo conselheiro; breve descrição das provas citadas no voto; se a prova citada no voto foi obtida por meio de acordo de leniência; decisão do Tribunal; tipo de análise da ilicitude da conduta; conselheiro relator do voto vogal, quando houver; conselheiro relator do voto vista, quando houver; e número da sessão de julgamento. Em seguida, as informações constantes nos documentos selecionados foram organizadas segundo as categorias supracitadas. Também foram coletadas informações dos dados do painel estatístico Cade em Números referentes aos processos administrativos julgados, a saber: conduta, mérito, relator e total de multas aplicadas.

4. Resultados e Discussão

Dos 27 casos analisados, 16 resultaram em condenação e 11 em arquivamento pelo Tribunal. Em todos os julgamentos, a análise do mérito do relator considerou os documentos obtidos em acordo de leniência antitruste, bem como majoritariamente outras fontes de provas. Os processos em que a decisão foi pelo arquivamento devem-se pela insuficiência de provas consideradas pela maioria ou por unanimidade do Plenário, exceto os processos 08700.008005/2017-51, 08700.008004/2017-15 e 08700.004073/2016-61³.

Quadro 1 - Processos Analisados Segundo Origem do Conjunto Probatório, Decisão do Plenário e Relator do Voto.

Nº do Processo Administrativo	Conjunto Probatório	Decisão Plenário	Relator
08700.009161/2014-97	Acordo de Leniência	Arquivamento	Alexandre Cordeiro Macedo
08012.000774/2011-74			
08012.002812/2010-42	Acordo de Leniência/TCC	Condenação	Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt
08012.005930/2009-79	Acordo de Leniência/TCC/ Outras jurisdições	Condenação	Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo
08700.004631/2015-15	Não identificado	Arquivamento	

3 Os processos 08700.008005/2017-51 e 08700.008004/2017-15 foram arquivados pela Superintendência-Geral do Cade devido a não configuração de conduta anticompetitiva e o processo 08700.004073/2016-61 em decorrência de ser um processo em que todos os representados cumpriram o termo de cessação de conduta e resultante de desmembramento do processo original nº 08700.004629/2015-38, que, por sua vez, o Tribunal decidiu pela condenação.

08700.003735/2015-02	Acordo de Leniência/TCC	Arquivamento	
08700.008005/2017-51	Acordo de Leniência/Busca e Apreensão		
08700.008004/2017-15	Acordo de Leniência		
08012.000773/2011-20	Acordo de Leniência		
08700.004617/2013-41	Acordo de Leniência/Busca e Apreensão	Condenação	João Paulo de Resende
08700.004617/2013-41	Acordo de Leniência/Busca e Apreensão		
08700.004617/2013-41	Acordo de Leniência/Busca e Apreensão		
08012.001029/2007-66	Acordo de Leniência		
08012.001377/2006-52	Acordo de Leniência/TCC/ Busca e Apreensão		
08012.010932/2007-18	Acordo de Leniência/TCC/ Busca e Apreensão	Condenação	Márcio de Oliveira Júnior
08012.005255/2010-11	Acordo de Leniência/TCC		
08012.000820/2009-11	Acordo de Leniência/TCC/ Busca e Apreensão		
08012.007818/2004-68	Acordo de Leniência/Busca e Apreensão		

08700.009167/2015-45	Acordo de Leniência/TCC	Arquivamento	Mauricio Maia
08012.010338/2009-99	Acordo de Leniência/TCC		
08700.004627/2015-49	Acordo de Leniência/TCC		
08012.011980/2008-12	Acordo de Leniência/TCC/ Outras jurisdições	Condenação	Paula Azevedo
08700.004629/2015-38	Acordo de Leniência/TCC	Condenação	
08700.004073/2016-61			
08012.006130/2006-22	Acordo de Leniência/TCC/ Busca e Apreensão	Condenação	Paulo Burnier da Silveira
08012.002414/2009-92	Acordo de Leniência/TCC		
08700.000729/2016-76;	Acordo de Leniência/TCC/ Busca e Apreensão	Arquivamento	
08700.000739/2016-10;			
08700.000738/2016-67			
08012.001376/2006-16	Acordo de Leniência/Busca e Apreensão/ outras jurisdições/outros	Condenação	Polyanna Vilanova
08700.010320/2012-34	Acordo de Leniência	Arquivamento	

Fonte: CADE (2020a; 2020b) Elaboração da autora.

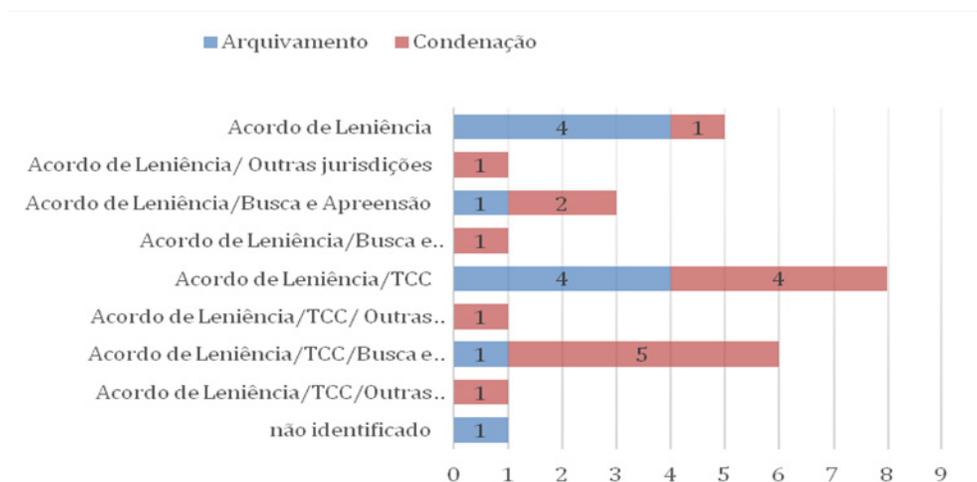
Chama a atenção os processos 08700.008005/2017-51 e 08700.008004/2017-15 em que os inquéritos administrativos foram arquivados pela Superintendência-Geral do Cade. Em ambos os casos, a SG concluiu que as condutas não configuravam cartel e provavelmente eram práticas de *dual sourcing*, em razão das características dos mercados, de forma que o arquivamento do inquérito não foi em razão da insuficiência de provas apresentadas pelos signatários do acordo de leniência. Por conseguinte, a análise do Tribunal concentrou-se na verificação do cumprimento dos acordos de leniência, que considerou atendidas as obrigações previstas no acordo pelos signatários. Para a presente análise, os dois processos foram classificados quanto à decisão do plenário pelo arquivamento.

Quanto ao tipo de ilícito concorrencial, os processos julgados foram considerados ilícitos por objeto, especificamente cartel, de forma que as análises dos relatores se concentraram em demonstrar a materialidade do ilícito por meio do conjunto probatório (CADE, 2020b). Embora a maioria dos votos não seja clara quanto à classificação das provas segundo o fato que se busca elucidar, pode-se afirmar que a maioria das provas do conjunto probatório derivadas de acordo de leniência é indireta. Essa constatação vai de encontro com o mencionado no relatório da OCDE sobre o uso de provas indiretas, principalmente aquelas relacionadas à comunicação entre os participantes da prática, e a dificuldade em obter provas diretas da conduta (OCDE, 2016).

Para a análise da materialidade da conduta, foram utilizadas diversas fontes de provas, além daquelas derivadas de acordo de leniência antitruste, a saber: documentos obtidos em operações de busca e apreensão, apresentados em decorrência de celebração de Termo de Cessação de Conduta e documentos de outras jurisdições relacionados à conduta e aos mesmos representados do processo julgado pelo Tribunal Administrativo do Cade. O conjunto probatório utilizado na análise do mérito, na maioria dos casos, eram derivados de acordo de leniência antitruste e TCC (8) e, em seguida, à documentos originários de acordo de leniência, busca e apreensão e TCC (6).

Observa-se que quando a maioria das condenações ocorreram, o conjunto probatório da prática anticompetitiva foi derivado de acordo de leniência, busca e apreensão e TCC. Dos processos analisados, foram 05 (18,5%) casos julgados a partir de provas obtidas somente de acordo de leniência antitruste, sendo que, somente o Cartel Internacional de Perborato de Sódio foi condenado pelo plenário do Tribunal. É importante mencionar que para os casos de cartel internacional, além da análise do conjunto probatório, foi verificado a existência de efeitos da conduta no território brasileiro para consubstanciar infração à ordem econômica.

Gráfico 1 - Origem dos Documentos Utilizados para Análise do Mérito nos Julgados Segundo Decisão do Tribunal



Fonte: CADE (2020a). Elaboração da autora.

As informações levantadas da análise dos votos dos processos administrativos corroboram a adoção do sistema de livre convencimento motivado para a valoração de provas aliadas a análise holística delas e, assim, constatar a ocorrência de infrações à ordem econômica. Observou-se que, em alguns votos, são apresentados documentos derivados de diversas fontes, os quais se referem a uma situação específica da conduta anticompetitiva (a realização de reunião entre participantes da conduta, por exemplo) com o intuito de demonstrar a materialidade do ilícito. Embora as provas apresentadas em acordo de leniência antitruste possuem caráter unilateral, ao longo da investigação são incluídos outros documentos (em sua maioria derivada de busca e apreensão ou celebração de termo de cessação de conduta) que analisados conjuntamente são capazes de dar robustez ao que foi mencionado no histórico de conduta, e, assim, contribuir para constatação do relator quanto à existência de ilicitude ou licitude da conduta.

No que tange aos documentos obtidos em acordo de leniência antitruste, a pesquisa identificou que foram citados nos processos julgados os seguintes tipos de documentos: agenda, anotação, apresentação, ata de reunião, cartão de visita, contrato do cartel, e-mails (entre concorrentes, entre funcionários da mesma empresa e entre participante da conduta e coordenador do cartel), fotos, histórico de conduta, informe interno, lista, proposta de negociação, relatório

de viagem, registro de contato telefônico e tabela.

Os quadros abaixo sintetizam as provas identificadas e respectivo conteúdo de cunho anticompetitivo que foi mencionado no voto para compor o conjunto probatório considerado elaborado pelo relator do processo administrativo julgado pelo Tribunal. Em termos gerais, tem-se que o conteúdo dos documentos, associado ao contexto da prática anticompetitiva são essenciais para o resultado da análise do Tribunal.

Quadro 2 - Tipo de Documentos e Conteúdo das Provas Mencionadas nos Votos, cuja Decisão do Tribunal foi Condenação.

Tipo de Documento	Conteúdo da Prova
Agenda	Anotações de marcação de reunião, agendamento eletrônico de reunião (registro de reunião); anotações de reunião realizada com concorrentes (participantes, dia, percentuais de reajustes de preços e data de implementação).
Anotação	Pontos abordados em reunião entre concorrentes contendo, por exemplo, percentual de repasse máximo das distribuidoras, participantes da reunião, ações para acordos de não agressão entre os participantes do conluio, estrutura e a estratégia do acordo, relato de teleconferência realizada entre concorrentes em que trataram troca informações estratégicas como áreas geográficas de atuação de cada uma.
Apresentação	Apresentação interna sobre estratégias futuras e cita que o preço para certo projeto foi em razão de um acordo político.

Ata de reunião entre concorrentes	Acordo sobre percentuais de descontos ou comissão a serem praticados pelos distribuidores; divisão de mercado por meio da delimitação da área e atuação das participantes da conduta; informações relativas aos clientes inadimplentes; estratégias para aumentar o faturamento, remuneração máxima, modelo de contrato, mercados afetados, planejamento da produção, preços, condições de vendas para clientes; as licitações afetadas e aspectos das negociações como preço da proposta acordado com as concorrentes como proposta de cobertura; percentual de participação do mercado das concorrentes, descrevendo o papel do coordenador (consultoria contratada para a gestão do conluio), política de preço, mecanismo de punição em caso de descumprimento do acordado; estratégias de precificação, clientes, estruturas de custos, planos de expansão, situação econômico-financeira das concorrentes, planos de expansão, dados de produção e expectativa de aumento de produção; acordos para aumento do preços em conjunto; preços de mercado cobrados de diversos clientes por concorrente e modus operandi da conduta anticompetitiva; negociação da divisão dos projetos entre os participantes da conduta e os mecanismos de compensação do acordo.
Cartão de visita	Cartão de Visita de representante da concorrente.
Contrato do cartel	Descrição da estrutura formal do cartel, contendo comitês, assembleia geral e secretária do acordo, percentual de cotas do mercado para cada membro do cartel; divisão de mercado/projetos, fixação de preços, propostas de cobertura, mecanismos de penalidade ao descumprimento do acordo e códigos para identificar as empresas; e regras do cartel e sua forma de funcionamento.

E-mail	<p>E-mails entre concorrentes contendo: documentos em formato word anexados, que incluíam as mensagens que deveriam ser repassadas aos demais membros do cartel; informações sobre preços (por exemplo, planilha/ tabela de preços, reajuste de preços, percentual mínimo de reajuste de preços por empresa), sobre estratégias comerciais, sobre clientes, sobre ranking e participação de mercado das participantes da conduta, sobre produção, sobre licitações privadas, sobre mercados, sobre código de empresas e pessoas participantes da conduta, sobre venda mensal; instruções para a formação das propostas a serem apresentadas, alinhamento quanto ao compartilhamento de planilha de preços, convite de reunião, resumo de reunião realizada entre concorrentes (contendo, por exemplo, a situação atual de concorrentes, perspectivas do mercado, acordo de reajuste de preços, pesquisa sobre levantamento de preços, termos como “cooperação” e “regra geral que todos parecem concordar”); propostas a serem apresentadas para clientes afetados em licitações privadas, proposta de acordo de não agressão entre concorrentes para divisão na participação do mercado; combinação expressa acerca de condições comerciais, lotes em licitações privadas e preços; tratativas para a adoção de estratégias comerciais alinhadas, para ações em conjunto com o objetivo de desclassificar concorrente não participante do conluio, para possibilidade de reajuste de preços coordenada.</p>
--------	--

E-mail	<p>E-mails enviados ou recebidos em que destinatários e remetentes são da mesma empresa contendo: tabela de preços por concorrentes e por região; orientações do conluio para as concorrentes apresentarem preços maiores ao contrato atual; informações concorrentialmente sensíveis sobre preço, condições de mercado e quantidade de concorrentes, os quais são demonstrados no e-mail que tais informações foram utilizadas para a tomada de decisão das participantes do conluio; informações de concorrentes sobre estratégias de vendas e precificação para um período recente; preço das concorrentes quando uma concorrente estava praticando um preço abaixo do mercado; relatos que a concorrente chamou outra concorrente para conversar, pois havia percebido redução de preços; negociação de divisão de projeto entre concorrentes, mecanismos para a viabilização do acordo, adiamento da entrega da proposta devido a negociações entre as concorrentes em razão da necessidade de detalhamento das propostas; durante o processo licitatórios, informações sobre a divisão do mercado, a alteração do prazo de entrega das propostas e o resultado do entendimento entre as concorrentes para a participação em processo licitatório, como empresa vencedora, acordo de sublocação e de fornecimento cruzado; relatos de contatos com concorrentes, ata de reunião entre concorrentes (no corpo do e-mail) que, por seu turno, prévia de alinhamento de condições comerciais em licitações privadas; regras de funcionamento do conluio, estratégias do acordo, como não recuo dos preços, limitação da oferta, relato de participação em reuniões e visitas para tratar de reajuste de preços entre concorrentes e acordos para não reduzir os preços; e negociação para a alocação de clientes.</p>
--------	---

E-mail	E-mail enviado pelo coordenador do cartel para as participantes da conduta sobre normas e funcionamento de conduta, mecanismos de decisão para firmar acordo, previsões de punição para quem burlar o acordo anticompetitivo, critérios para escolha do vencedor em licitações privadas, pauta de reunião (exemplos de itens de pauta de reunião: compensação para vencedor, demanda futura, lista de preços, política de preços, nome do vencedor, entre outros), divisão do mercado segundo região e participante da conduta, orientações para recebimento de questionários sobre cliente alvo da conduta como forma a manter o acordo e manter algum grau de concorrência, quantidade de membros do conluio e uso de códigos para a comunicação entre os participantes; e-mail do coordenador da conduta anticompetitiva para participante específico do conluio solicitando o aumento de preço em processo licitatório como mecanismo de garantir que vencedor escolhido seja de fato escolhido; e-mails de participante da conduta para coordenador sobre alocação de projetos e solicitação para ser o vencedor de projeto.
Histórico de Conduta	Dinâmica da conduta, modus operandi da conduta anticompetitiva, códigos utilizados para comunicação no âmbito do conluio, regras de punição, descrição do mercado afetado, a criação pelos participantes de pseudônimos para as comunicações no âmbito do conluio, reuniões realizadas entre concorrentes para tratar do acordo anticompetitivo, participantes das reuniões e pauta das reuniões, planilha com posição que cada participante da conduta deveria ocupar em processo licitatório, a realização de reuniões para dividir o escopo de projetos entre os participantes do conluio, identificação dos participantes do conluio; realização de reuniões bilaterais entre concorrentes em que trataram condições de mercado e os preços previstos para o ano corrente, estratégia de aumento de preços, cooperação de preço, estratégia de negócios; mecanismo de monitoramento do cartel e vendas para o Brasil; associação de códigos a nomes de participantes da conduta; reuniões multilaterais em que discutiram condições de mercado, incluindo tendências, estrutura de mercado, participações de mercado, preços e capacidade de produção; acordos entre concorrentes envolvendo mercado brasileiro e mundial, acordo de preços entre as participantes, troca de informações concorrencialmente sensíveis, reuniões entre concorrentes para discussão das estratégias e medidas de implementação do cartel, acordos para a divisão de mercado e alocação de clientes.
Informe Interno	Informe interno sobre concorrências no Brasil, contendo informações sobre preço e que este só foi possível em razão de acordo entre os concorrentes, antes da adjudicação do contrato.

Lista	Lista de reuniões e extratos de lista interna referente a informações de projetos discutidos pelos membros do cartel, inclusive projetos no território brasileiro; projetos, com indicação da empresa para qual cada projeto foi alocado e o preço que seria ofertado no processo licitatório.
Proposta de Negociação	Proposta de negociação de preços de venda do 2º trimestre de 2004 (documento de maio de 2004); e proposta de negociação de preços de venda do 3º trimestre de 2004 (de agosto de 2004). Em tais documentos constam dados de quantidades de produção por região.
Relatório de Viagem	Relatório de viagem de funcionário relatando a participação em reuniões com concorrentes e aspectos da negociação da conduta.
Tabela	Quotas alocadas aos membros da conduta anticompetitiva, tabela de vendas indicando um percentual para o Brasil, participação de mercado contendo vendas e expectativas de vendas por concorrente e por região, ou divisão de mercado (alocação de projetos) e fixação de preços.

Fonte: CADE (2020a). Elaboração da autora.

Quadro 3 - Tipo de Documentos e Conteúdo das Provas Mencionadas nos Votos, cuja Decisão do Tribunal foi Arquivamento.

Tipo de Documento	Conteúdo
Agenda	Memória de reuniões com concorrente e aspectos do acordo anticompetitivo.
Anotações	Números sem referência e anotações manuscritas sem relação direta com os participantes da conduta, informações trocadas entre concorrentes como condições de mercado, preços, quantidade de produto, preços praticados por empresas não participantes do conluio.
Ata de reunião	Ata de reunião realizada com concorrentes em que foi discutido tendências de vendas; ata de reunião de associação em que tratou de acordos anticompetitivos; registro de reuniões internas, em que houve menções à discussões de preços que a empresa cobraria por cada produto em diversas regiões do mundo e que os preços a serem praticados pela empresa estavam condicionados ao acordo com os concorrentes.
Cartão de visita	Cópias de cartões de visitas de funcionários de concorrentes obtidos em reuniões.

Contrato do cartel	Manual, para os membros da associação, contendo procedimentos e normas de cunho anticompetitivo como considerar tabela contida no manual em cotações solicitadas por clientes, cumprir o direcionamento de clientes acordado por empresas, dentre outros.
E-mail	E-mails internos contendo: título como “nossa conversa ontem” e, ao mesmo tempo, citação sobre uma reunião realizada com concorrente; relatos de reuniões com concorrente e tratativas de parceria lícita entre concorrentes.
Fotos	Fotos de almoços de confraternização com representantes de alto escalão das empresas participantes da conduta.
Histórico de Conduta	Dinâmica da conduta, participantes da conduta, clientes afetados, realização de reuniões entre os participantes da conduta para tratar, por exemplo, de ajuste dos preços de referência; monitoramento do acordo, a metodologia para definir o preço entre os participantes da conduta.
Relatório de viagem	Relatório de viagem de funcionário contendo recibos de reunião entre concorrentes; comprovantes de viagens relativos aos encontros dos concorrentes.
Registro de contato telefônico	Registro de contatos telefônicos entre concorrentes.
Tabela	Planilha contendo anotações internas da NKS acerca das propostas a serem apresentadas na cotação.

Fonte: CADE (2020a). Elaboração da autora.

Quanto à decisão do plenário vis a vis, a tipologia do documento obtido em acordo de leniência antitruste, identificou que alguns tipos foram mencionados como parte do conjunto probatório tanto em casos arquivados quanto condenados. Neste sentido, isolando os demais fatores já mencionados (análise holística), pode-se inferir que o diferencial para concluir na existência de cartel reside no conteúdo do documento de forma a demonstrar o comportamento tipicamente anticompetitivo dos agentes econômicos, e, por sua vez, alterar o ambiente concorrencial em favor de um determinado grupo.

Além disso, pode-se afirmar que a celebração de acordo de leniência, conjuntamente com a apresentação de documentos que demonstrem o que foi relatado no histórico de conduta, representa pontapé inicial de investigação para obter outras provas, inclusive em sinergia com os documentos e o histórico de conduta do acordo de leniência. De fato, no cartel de rolos cerâmicos refratários que foi arquivado pelo plenário por unanimidade, o relator Mauricio Oscar

Bandeira Maia argumentou que os relatos presentes no histórico de conduta “...quando não suportado por provas ou outros indícios da prática da infração econômica, não se presta a comprovar a conduta ali descrita”. (CADE, 2017, p. 7).

A partir da instrução processual com inclusão nos autos de provas derivadas de termo de cessação de conduta, de operações de busca e apreensões ou de documentos de autoridades de concorrência de outras jurisdições, a formação do conjunto probatório de diversas origens possibilitam municiar o plenário com elementos robustos para elucidar indubitavelmente a existência, ou não, de condutas anticompetitivas.

Com relação aos processos analisados, destaca-se a análise do conjunto probatório do processo nº. 08012.001395/2011-00, que tratou do cartel internacional no mercado de unidades de discos ópticos. O conjunto probatório foi composto por documentos apresentados em Acordo de Leniência e obtidos em decisões e acordos do mesmo cartel em outras autoridades antitruste. A divergência entre os conselheiros consistiu na constatação da materialidade da conduta e, assim, do conjunto probatório dos representados Teac Corporation e Toshiba Samsung Storage Technology Corporation (TSST). A decisão do Tribunal foi, por maioria, pelo arquivamento para as duas empresas, sendo nos termos do relator para Teac e nos termos do conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia para TSST. (CADE, 2019a)

O voto-vista do conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia pelo arquivamento do TSST, em oposição ao relator, foi acompanhado pela maioria do Plenário. O conselheiro Mauricio considerou que apenas provas unilaterais e singulares produzidas por terceiros, que, no caso concreto, consistiam em citação da representada pelos participantes da conduta em e-mails, e associado à inexistência de outros documentos nos autos capazes de demonstrar contato da TSST com concorrente para tratar de formação de preços, bem como de fonte das informações nos e-mails, não configuravam conduta anticompetitiva. Ainda, conclui que, a partir das evidências presentes nos autos, a TSST era um player do mercado, não participante da conduta em questão. No voto-vista (CADE, 2019a, p. 3), o conselheiro Maurício manifestou preocupação em condenações baseadas em apenas provas indiretas e unilaterais:

“A mera menção feita por terceiros, desacompanhada de evidências concretas de uma atuação em conformidade com essa

narrativa, não é apta a ensejar a condenação no âmbito do direito administrativo, sob pena de instituírmos uma força probante às declarações de terceiros não prevista e não intentada pela lei”.

Diferentemente da decisão da maioria do plenário, a conselheira Paula Azevedo votou pela condenação da representada Teac Corporation e TSST. A conselheira Paula Azevedo ponderou em que medida o conjunto probatório é suficiente para uma condenação. A conselheira questiona o valor probatório de decisões de autoridades estrangeiras para formar convicção da materialidade da conduta na medida em que os documentos presentes na decisão estrangeira não são diferentes daqueles do processo brasileiro e, por essa razão, desconsidera o valor probatório da decisão de outra autoridade no caso em questão. Diferentemente do conselheiro Maurício, que entendeu que registro de ligação telefônica “não é capaz de confirmar nenhuma tese de participação em cartel por parte da TSST” (CADE, 2019a, p. 8); a conselheira Paula Azevedo (CADE, 2019b, p. 36) considerou os registros telefônicos, além de e-mails internos e relatos, no standard probatório para condenação da TSST: “Os registros de ligações telefônicas são indícios que agregam a confirmação de contatos diretos entre os concorrentes e induzem a uma presunção firme de que, nesses contatos, haveria comunicação de informações concorrencialmente sensíveis e colaboração entre os agentes”. Quanto à TEAC, observou-se diferença quanto aos documentos considerados no conjunto probatório pelo relator, que votou pelo arquivamento, e pela conselheira Paula Azevedo, que votou pela condenação.

Diante da dificuldade em detectar infrações à ordem econômica, especialmente cartel, o acordo de leniência é um mecanismo amplamente utilizado para atender a função repressiva da autoridade da concorrência e, assim, garantir ambiente concorrencial. Uma vez identificada a existência de indícios, possibilitado pela celebração de acordo de leniência, parte-se para a comprovação da prática da infração à ordem econômica. Aí, em se tratando de cartel, o mérito se dará pela materialidade do ilícito. A obtenção de provas para compor standard probatório é essencial para a presunção da materialidade da conduta pelo plenário do Tribunal de Defesa da Concorrência.

Conclusões

O presente artigo analisou os processos administrativos julgados pelo Tribunal de Defesa da Concorrência e decorrentes de acordo de leniência antitruste com o objetivo de caracterizar o conjunto probatório de condutas anticompetitivas, cujas provas foram obtidas por meio do acordo. Foram identificados 31 processos dos quais se utilizou votos e atas de sessão de julgamento para captar informações sobre decisão do relator, decisão do plenário, características do conjunto probatório, como origem dos documentos, tipos e conteúdo de cunho anticompetitivo, entre outros.

Identificou-se diversos tipos de documentos, independentemente da decisão do Plenário, considerados no conjunto probatório com destaque para e-mails entre concorrentes e e-mails entre funcionários da mesma empresa. Observou-se que, em termos gerais, o que os diferenciam é o conteúdo das provas em demonstrar o comportamento anticompetitivo, independente da tipologia do documento, e a análise desta no âmbito do relato da dinâmica da conduta e a conexão entre as provas derivadas do acordo de leniência e o histórico de conduta com outras provas obtidas ao longo da investigação. Todos esses aspectos e as inter e intra-relações entre eles são usados pela autoridade antitruste para presumir a existência de infração à ordem econômica, ou não.

Nesse contexto, além de provas derivadas de acordo de leniência antitruste, a maioria dos julgados considerou, na análise do mérito, outras provas obtidas por meio de busca e apreensão, celebração de termo de cessação de conduta e documentos de outras autoridades antitruste. Destarte, verifica-se a importância do andamento do processo administrativo, uma vez instaurado em decorrência de celebração de acordo de leniência, para apresentação de outros elementos que confirmem o que foi relatado e apresentado nos acordos de leniência.

Referências Bibliográficas

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/12529.htm#art128. Acesso em: 17 abr. 2019.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: Admissibilidade e Relevância.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA., 2016.

COELHO, Dandara Perassa. Uma Batalha Travada em torno das Evidências: O Valor Probatório dos Índícios e sua (In) Suficiência para a Condenação de Cartéis. **Revista da Defesa da Concorrência**, [s. l.], v. 4, n. 1, p. 153-184, 2016. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/210/129>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cartilha do Cade.** Brasília, 2016a. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-Cade.pdf>. Acesso em: 26 jun.2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade.** Brasília, 2016b. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf. Acesso em 20 ago. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Plenário. **Voto-relator.** Processo Administrativo nº 08700.004627/2015-49. Relator: Cons. Mauricio Oscar Bandeira Maia, 23 de novembro de 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTINgP-jtcH5Md mPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudA1_m6YC_RBoZ7858XXUu3DkVFyd8N2dZCZepAxG6vhOL. Acesso em 19 ago. 2020

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Plenário. **Voto-vista.** Processo Administrativo nº 08012.001395/2011-00. Relator: Cons. Mauricio Oscar Bandeira Maia, 04 de fevereiro de 2019a. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOZBTUsb30J-Khx4jXLLQLKarAW-Vz0GpbKzpV-LqsIDJsOAhhGkirOdPrv6B1gkkggevqxFf9GO9_-t4w379Le5. Acesso em 16 ago. 2020

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA.

Plenário. **Voto-vista.** Processo Administrativo nº 08012.001395/2011-00. Relator: Cons. Paula Farani de Azevedo Silveira, 04 de fevereiro de 2019b. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOLAvWmhAyb_ligk-PMoO0HgMYvEQdjnm1nCN94QMK1_eOc4CN7Id-semVTjKTpzbbjSDisYF-VIWr9nRFjBZcz. Acesso em 16 ago. 2020

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ata da 136ª Sessão Ordinária de Julgamento de 30 de janeiro de 2019. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, edição 25, p. 24-27, 05 fev. 2019. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPdAR_uBqifDYjhoztoJ8OBgHpFFjh0-p0PxdYAYZW8bbLHSV7iJI10enFhVt-9Ot_i5HQPkn-cbQNjKA9W3tLO. Acesso em 16 ago. 2020

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processos administrativos de Acordos de Leniência julgados pelo Cade.** Brasília, 2020a. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/processos-julgados>. Acesso em: 16 ago. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cade em Números.** Brasília, 2020b. Disponível em: <<http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>>. Acesso em: 30 set. 2020. Base de dados.

CORREIA, Gabriela de Azevedo. **A utilização de provas indiretas no combate a cartéis em licitação:** uma análise da jurisprudência do Cade. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Fundação Getúlio Vargas, [S. l.], 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19005>. Acesso em: 13 ago. 2020.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo:** prova direta, indícios e presunções. 1. ed. Porto Alegre:

Livraria do Advogado Editora, 2018. 362 p.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressões a cartéis**: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal. São Paulo: Editora Singular, 2013.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels**, [S. l.], 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

SILVEIRA, P. B. da; LACERDA, J. F. A. Valoração e padrão de provas em processos administrativos de Cartel. **Revista do IBRAC**, São Paulo, ano 1, v. 24, p. 70-89, 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/245880390>. Acesso em: 21 ago. 2020.

SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo; BAQUEIRO, Paula. A jurisprudência do Cade em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícitos e metodologias de análise utilizadas. In: MACEDO, Agnes *et al.* (org.). **Mulheres no Antitruste**. São Paulo: Singular, 2018. v. 1, p. 143-157. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3440898>. Acesso em: 20 ago. 2020.

VIEIRA, Gustavo Pincerato. **Qual tipo de prova condena um cartel no Brasil?** uma pesquisa empírica sobre a tipologia das provas nas condenações do Cade. 2019. 82 f., il. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

O que cabe em qualquer outro ato ou providência? Critérios de proporcionalidade na aplicação do inciso VII do artigo 38 da Lei nº 12.529/2011

Paulo Eduardo Silva de Oliveira¹

RESUMO

O artigo evidencia como o Cade tem aplicado, em condenações por infrações à ordem econômica, determinações com fundamento no inciso VII do artigo 38 da Lei nº 12.529/2011, e apresenta critérios para análise da proporcionalidade nas obrigações impostas. Para tanto foi realizado estudo empírico sobre os julgamentos do órgão antitruste entre os anos de 2012 e 2019, tomando os seguintes aspectos objetivos presentes nas decisões de condenação: pessoas apenadas, sanções impostas, ano de julgamento, mercado relevante (nas dimensões produto e geográfica) e tipo de conduta (cartel, conduta comercial uniforme e conduta unilateral). Como pano de fundo foi tomado o papel instrumental do processo administrativo sancionador como elemento indispensável à consecução da política de defesa da concorrência e sua indispensabilidade para a aplicação de sanções administrativas. Em se tratando de sanções é mister a lembrança do princípio da proporcionalidade enquanto mecanismo destinado a evitar arbitrariedades ou abusos por parte do Poder Público, ainda que no cumprimento de suas competências legalmente estabelecidas.

1 Mestrando em Direito (UniCeub). Pós-graduado em Defesa da Concorrência e Direito Econômico (FGV) (2020). Pós-graduado em Controladoria e Finanças Públicas (Faculdade Unyleia) (2014). Mestre em Administração e Gestão Pública pela Universidade de Aveiro, em Portugal (2013). Pós-graduado em Direito Processual Civil com formação para magistério superior pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2010). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2007). Graduação incompleta em Administração pela Universidade Estadual do Maranhão. Analista Técnico-Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), ocupante do cargo de Coordenador-Geral Processual e Secretário do Plenário. E-mail: paulo.eduardo@cade.gov.br.

Palavras-chave: sanções concorrenciais; processo administrativo; proporcionalidade; direito administrativo.

ABSTRACT

The article shows how Cade has applied, in convictions for violations of the economic order, determinations based on item VII of article 38 of Law nº 12.529/2011, and presents criteria for the analysis of proportionality in the imposed obligations. For this purpose, an empirical study was carried out on the judgments of the Antitrust Agency between the years 2012 and 2019, taking the aspects present in the sentencing decisions: sentenced persons, sanctions imposed, year of judgment, relevant market (in the product and geographic dimensions) and type of conduct (cartel, uniform commercial conduct and unilateral conduct). As a background, the instrumental role of the sanctioning administrative process was taken as an indispensable element for the establishment of the competition defense policy and its indispensability for administrative administration applications. In the case of sanctions, it is necessary to remember the principle of proportionality as a mechanism designed to avoid arbitrariness or abuse by the Public Power, even if there is no fulfillment of its legally reserved powers.

Keywords: competitive sanctions; administrative process; proportionality; administrative law.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Defesa da livre concorrência por meio de processo administrativo sancionador*; 3. *Princípio da proporcionalidade como elemento inerente à decisão sancionadora*; 4. *Sistema sancionatório concorrencial*; 5. *Estudo empírico sobre a aplicação do inciso VII do artigo 38 da Lei nº 12.529/20113*; *Considerações finais*; *Referências*.

1. Introdução

No exercício de sua atividade repressiva compete ao Cade instaurar e julgar processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. É por meio da atividade julgadora de processos sancionadores que a Administração Pública declara quais condutas são consideradas

anticompetitivas e aplica aos agentes as sanções previstas em lei.

Tal atividade deve obedecer aos parâmetros legais, observar garantias básicas do processo sancionador como o contraditório e a ampla defesa e considerar os diversos princípios norteadores da atuação estatal. A lei do processo administrativo determina que a Administração Pública obedeça, dentre outros, o princípio da proporcionalidade.

Mais o que elemento limitador da atuação estatal, esse princípio funciona como garantia de que a intervenção da Administração Pública no domínio privado se dê nos limites necessários ao atingimento do interesse público, evitando a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior aos fins pretendidos.

No âmbito do direito da concorrência, a Lei nº 12.529/2011 autoriza a cominação de multa administrativa e, diante gravidade dos fatos ou o interesse público geral, imposição de outras penalidades com características de obrigação de fazer ou de não fazer. Destaca-se, entretanto, a autorização legal para que o Cade adote outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Dessa forma, o presente trabalho pretende verificar como a autoridade antitruste tem aplicado o inciso VII do artigo 38 da Lei nº 12.529/2011, utilizando como pano de fundo o referencial teórico do princípio da proporcionalidade. Essa escalada inicia com a constatação do processo administrativo sancionador como mecanismo indispensável à política de defesa da concorrência e instrumento necessário para a cominação de sanções por conduta anticompetitiva.

Em seguida, recorre-se ao princípio da proporcionalidade como elemento inerente à decisão sancionadora, demonstrando como a noção de proporcionalidade deve estar presente na atuação dos agentes públicos, principalmente naquelas que tem o condão de proferir decisões que possam afetar a esfera de direitos ou impor obrigações dos aos agentes do mercado.

O trabalho atinge seu ápice com estudo empírico sobre as condenações decorrentes de julgamentos do Cade entre os anos de 2012 e 2019. Essa pesquisa tomou por base elementos objetivos constantes das decisões condenatórias e focou na ocorrência de sanções cominadas com base no inciso VII do artigo 38 da Lei nº

12.529/2011.

Por fim são apresentados os principais critérios indicativos de proporcionalidade adotados pelo Cade na aplicação dessa sanção concorrencial. Começemos!

2. Defesa da livre concorrência por meio de processo administrativo sancionador

Ao estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a Lei nº 12.529/2011 atribuiu ao Cade a relevante missão de decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica². Essa é certamente uma das principais facetas do órgão antitruste no exercício de sua competência legal em prol da política pública de defesa da livre concorrência.

Embora a lei preveja outras funções ao Cade como o controle de concentrações ou a difusão da cultura da livre concorrência é por meio da atividade julgadora de processos sancionadores que a Administração Pública declara quais condutas são consideradas anticompetitivas e aplica aos agentes as sanções previstas em lei. Assim a atuação repressiva do órgão antitruste atinge seu ápice com a atividade de julgamento de processos administrativos ainda que não sobrevenham condenações, uma vez que a missão do Cade é zelar pela manutenção de um ambiente concorrencial saudável, a decisão de processos seja decorrência do exercício de suas competências e a aplicação de penalidades o resultado último de sua atividade repressiva.

Por certo que, na esfera administrativa, as infrações à ordem econômica também podem ser objeto de outros procedimentos, como o procedimento preparatório de inquérito administrativo³ e o inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem

2 Competência específica do Plenário do Tribunal, nos termos do artigo 9º, inciso III, da Lei nº 12.529/2011.

3 O procedimento preparatório de inquérito administrativo destina-se a apurar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

econômica⁴, mas é somente no processo administrativo que a Lei estabelece mecanismos mais claros para participação dos acusados, como observância do contraditório e da ampla defesa⁵.

Tomando por base seu caráter instrumental, o processo administrativo do Cade é o meio utilizado pelo executivo federal para dar cumprimento ao *mínus* público de defesa da livre concorrência⁶. Nesse sentido é uma sucessão de etapas bem delineadas⁷ que se iniciam com a adequada instauração pela Superintendência-Geral do Cade, com indicação dos acusados, enunciação da conduta ilícita imputada e dos fatos a serem apurados; notificação para apresentação de defesa e produção de provas; concessão de prazo para oferta de novas alegações e envio ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, para julgamento.

O Regimento Interno do Cade é bem minucioso no tratamento das etapas do processo administrativo, incluindo os prazos que devem ser observados em cada momento, com base os parâmetros definidos pela Lei nº 12.529/2011.

Se por um lado as hipóteses de infração da ordem econômica estão consignadas na Lei, por outro, é na atividade judicante que são emanados os critérios para a aferição da materialidade das diversas condutas, ou seja, ocorre a subsunção do fato típico ao conceito abstrato a norma.

Afora os diversos atos mencionados no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, o Cade costuma agrupar as condutas anticompetitivas

4 A lei consigna no artigo 66 o inquérito administrativo como procedimento investigatório de natureza inquisitorial.

5 O artigo 69 da Lei nº 12.529/2011 determina que “o processo administrativo, procedimento em contraditório, visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo, cuja nota técnica final, aprovada nos termos das normas do Cade, constituirá peça inaugural”.

6 Cabe recordar lembrar que a coletividade é a titular dos bens protegidos pela Lei nº 12.529/2011, não cabendo ao Cade atuar em questões privadas.

7 “No controle de condutas, as vias processuais empregadas pelo SBDC se diferenciam funcionalmente, não parecendo lícito ignorar a utilidade de cada uma delas sob pena de se incorrer em desvio indevido de procedimento e, por consequência, em supressão ilegal de direitos dos acusados” (MARRARA, 2015, p. 227).

em três categorias⁸: cartel, conduta comercial uniforme e conduta unilateral. Por cartel⁹, conduta comumente indicada como de maior reprobabilidade social¹⁰, entende-se a prática de acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente os preços ou volumes de bens ou serviços ou a divisão de partes ou segmentos de um mercado, ou seja, é a colusão com vistas a criar um ambiente artificial e ineficiente economicamente por controlar preços e demanda e se apropriar de parcela do excedente do consumidor¹¹.

Nunca é demais lembrar que a competência do Cade em matéria de julgamento de cartéis é limitada ao âmbito administrativo e que enquanto tipo penal a prática de cartel se submete à persecução criminal manejada pelo Ministério Público na esfera judicial. Isso não afasta, contudo, a atuação conjunta¹² do Cade com o Ministério Público Federal ou Estadual, perceptível nas ações de investigação e na celebração de acordos de leniência.

A conduta comercial uniforme é prática que visa promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial homogênea ou concertada entre concorrentes, e normalmente se consubstancia na elaboração de tabelas de preços como as adotadas por conselhos de classes profissionais ou entidades representativas de categorias¹³. Não raras vezes a conduta comercial uniforme é identificada em julgamentos de cartel que contam com a participação de um ente associativo ou entidades de classe, como sindicatos, por exemplo.

Por fim, as condutas unilaterais contemplam as hipóteses

8 Estruturadas com base no §3º do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011.

Essa classificação toma por base, por exemplo, os balanços da atividade finalística do Cade e os dados constantes da plataforma Cade em Números em www.cade.gov.br.

9 Constitui um acordo entre concorrentes com o objetivo de maximização conjunta de lucro (MARRARA, 2015, p. 41)

10 GICO JUNIOR, 2006, p. 11.

11 Ibidem, p. 167 reconhece que não há uma definição jurídica e entendimentos universais do que seja um cartel e ressalta que por vezes as expressões cartel e colusão horizontal são tratadas como intercambiáveis.

12 Atuação conjunta formalizada por Acordos de Cooperação Técnica firmados com todos os Ministérios Públicos estaduais do país.

13 A jurisprudência do Cade nos últimos anos foi bastante evidente na condenação de associações médicas ou Conselhos de classe

previstas nos incisos III a XIX do §3º da Lei nº 12.529/2011¹⁴, tendo como principal característica o abuso do poder de mercado por uma empresa ou grupo de empresas capaz de, deliberada e unilateralmente, alterar as condições de mercado.

Sem fazer distinção entre as espécies de conduta, a Lei nº 12.529/2011 autoriza a cominação de multa administrativa e, diante gravidade dos fatos ou o interesse público geral, a imposição de outras penalidades com características de obrigação de fazer ou de não fazer.

Percebe-se, então, que o princípio da livre concorrência apregoadado na Constituição Federal¹⁵ como um dos fundamentos da ordem econômica indubitavelmente perpassa pelo julgamento dos processos administrativos do Cade enquanto meio para a realização da política pública defendida pelo órgão antitruste.

3. Princípio da proporcionalidade como elemento inerente à decisão sancionadora

Parece claro que as reflexões sobre proporcionalidade no viés sancionador do direito concorrencial brasileiro tem se centrado, nos últimos anos, em dois aspectos principais: a) a dosimetria das multas impostas em condenações por condutas anticompetitivas¹⁶

14 Como preços predatórios, fixação de preços de revenda, restrições territoriais e de base de clientes, acordos de exclusividade, venda casada, abuso de posição dominante, recusa de contratar, sham litigation, e criação de dificuldades ao concorrente.

15 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)
IV - livre concorrência;

16 Tomando por base que o artigo 37 da Lei nº 12.529/2011 autoriza a pena de multa de multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração; ou entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais), para as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito; ou de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) da multa aplicada à empresa no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida.

e b) a metodologia utilizada para o cálculo da multa¹⁷. A primeira é tópico certo nas defesas das pessoas físicas e jurídicas que integram o polo passivo dos processos do Cade e faz parte do exercício argumentativo voltado ao convencimento sobre o percentual que se considera adequado para a fixação da multa administrativa tomando por base as faixas autorizadas em lei e a existência de circunstâncias agravantes ou atenuantes da pena. Já a outra, relacionada à metodologia de aferição da sanção pecuniária¹⁸, ganhou espaço nas discussões do Tribunal em que foram defendidas correntes que entendem a estimação da vantagem auferida como critério para o cálculo da multa ao invés da utilização do faturamento bruto no ano anterior à instauração do processo administrativo¹⁹.

Por certo que essas análises se valem, em grande medida, de argumentostécnicosinerentesao direitoconcorrencial brasileiroenão afastam a aplicabilidade de regras gerais do direito administrativo, como o princípio da proporcionalidade. O processo sancionador por infração contra a ordem econômica consubstancia atuação da Administração Pública, no uso de competências legalmente estabelecidas, em prol do interesse público da livre concorrência e como tal deve obedecer aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência²⁰.

Mais ainda, enquanto manifestação emanada no bojo de processo administrativo produtora de efeitos sobre agentes privados, a decisão condenatória do Cade deve estar pautada pela adequação entre os meios e os fins, de modo a evitar a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas

17 Uma vez que a Lei nº 12.529/2011 prevê que a de “multa nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação” e a falta de uma metodologia que uniformize esse cálculo.

18 Para a OCDE “a metodologia para o cálculo das multas aplicadas às infrações à Lei de Defesa da Concorrência não é clara” (OCDE, 2019, p. 193) e na prática o valor das multas aplicadas aos responsáveis pelas infrações parece baixo (Ibidem, p. 192)

19 Mesmo com as intensas discussões o Tribunal do Cade tem mantido jurisprudência pelo cálculo com base no faturamento no ano anterior à instauração do processo.

20 Artigo 2º, caput, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

estritamente necessárias ao atendimento do interesse público²¹. Dessa forma, a atividade jurisdicional concorrencial não se exime da observância do princípio da proporcionalidade e deve fazer uso da extensa doutrina sobre o assunto desenvolvida no âmbito do direito administrativo.

A ideia geral trazida pelo princípio da proporcionalidade pode parecer de relativa simplicidade para qualquer operador do direito. É quase que uma questão de lógica a ser aplicada na avaliação entre os meios que serão empregados e os fins que são almejados de modo a evitar o excesso. Aplicando uma linguagem de gestão é como se o princípio da proporcionalidade se assemelhasse à busca por eficiência na intervenção estatal no domínio privado para que o ônus da atuação pública suportado por um ou vários agentes não ultrapasse os benefícios supostamente pretendidos em prol do interesse público.

Não raras vezes o princípio de proporcionalidade²² é tratado como sinônimo do princípio da razoabilidade ou seus conceitos são considerados fungíveis entre si. Esse tratamento indiscriminado no direito brasileiro pode decorrer tanto das origens²³ quanto dos fundamentos de validade dos princípios.

21 Artigo 2º, inciso VI, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

22 Para Humberto Ávila (1999, p. 170) a proporcionalidade é um postulado normativo, ou seja, como norma estruturante da aplicação de princípios e regras. A proporcionalidade funciona como um dever que estrutura a aplicação de outras normas, ou seja, como um pressuposto de caráter instrumental que viabiliza a promoção de um fim. “Consiste numa condição normativa, isto é, instituída pelo próprio Direito para a sua devida aplicação. Sem obediência ao dever de proporcionalidade não há a devida realização integral dos bens juridicamente resguardados”.

23 Em obra específica sobre o princípio da proporcionalidade Paulo Buechele (1999, p. 137) destaca que em razão de características inerentes ao sistema da *commom law*, no direito norte americano o princípio da proporcionalidade é denominado de princípio da razoabilidade e “é fruto da grande liberdade de criação do Direito que o sistema federal republicano norte-americano concede, até hoje, aos seus juízes”. Já no ordenamento alemão o princípio da proporcionalidade encontra abrigo constitucional e a Suprema Corte Alemã o coloca como elemento de análise da razoabilidade dos atos legais. Humberto Ávila (1999, p. 153) também rememora que o princípio da proporcionalidade “resulta, sobretudo, da influência positiva do direito alemão, onde foi primeiramente estudado e aplicado”.

Numa leitura literal a Constituição Federal²⁴ não contempla a proporcionalidade como um dos princípios da Administração Pública ou do processo judicial ou administrativo. Não obstante, numa interpretação sistemática é possível encontrar respaldo para a proporcionalidade no §2º do artigo 5º da CF²⁵, isso sem afastar o seu cabimento no viés material do devido processo legal²⁶.

Essa constatação é importante na medida em que o direito administrativo sancionador tem o potencial de afetar a esfera privada ao restringir direitos e impor obrigações com o fito de afastar conduta reprovável pela Administração Pública e a noção de proporcionalidade impõe que as competências administrativas só possam ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que são atreladas²⁷.

Um ponto central da abordagem do princípio da proporcionalidade se dá nas decisões que encerram os processos administrativos, de modo a evitar arbitrariedades ou o excesso de poder. A doutrina costuma situar a análise da proporcionalidade em três aspectos principais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por adequação tem-se a exigência de que medida adotada seja apropriada para os fins pretendidos. A necessidade situa-se na avaliação das alternativas possíveis e na escolha daquela que cause menor intervenção na esfera dos direitos do cidadão, desde que atendido àqueles fins ou o interesse público. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito sinaliza a ponderação entre bens e valores para que o meio escolhido não seja desproporcional em relação ao fim.

24 Daniel Sarmento (*in* ARAGÃO, 2008, p. 132) afirma o “princípio da proporcionalidade, cuja vigência no ordenamento brasileiro é hoje reconhecida, em uníssono pela doutrina e jurisprudência, estabelece intersubjetivamente controláveis para resolução de conflitos envolvendo interesses constitucionais”.

25 § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

26 LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

27 BANDEIRA DE MELLO, p. 113.

Dito tudo isso parece evidente que a noção de proporcionalidade deve estar presente na atuação dos agentes públicos, principalmente naqueles que tem o condão de proferir decisões que possam afetar a esfera de direitos ou impor obrigações. A ideia de proporcionalidade é sentida principalmente pela sua negativa, ou seja, pelo arbítrio ou excesso de poder – a decisão pode até estar respaldada pela legalidade, mas sofre de vício em sua motivação.

4. Sistema sancionatório concorrencial

O princípio da proporcionalidade revela-se transcendental à atividade estatal sancionadora²⁸ e o direito concorrencial não se exime dessa premissa.

É certo que a multa administrativa tem sido o principal mecanismo sancionador de infrações à ordem econômica. Ao lado da pena pecuniária o Cade pode adotar outras sanções consistentes em obrigações de fazer ou de não fazer, por vezes destinadas à cessação da prática²⁹.

O efeito decorrente da multa nem sempre é suficiente quando se trata de fatos graves e que atraiam o interesse público e levando em conta a possibilidade de repasse do montante da penalidade aos consumidores³⁰. Na doutrina as hipóteses do artigo 38 são tratadas como sanções acessórias³¹ ou como sanções administrativas extraordinárias³².

São tipos de penas não pecuniárias no âmbito concorrencial:

- a) publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;
- b) proibição de contratar com instituições financeiras oficiais

28 OSÓRIO, 2019, p. 195.

29 Além das soluções negociadas por meio da celebração de termos de compromisso de cessação de conduta que ensejam o pagamento de contribuições pecuniárias e a assunção de obrigações destinadas à não continuidade da prática anticompetitiva.

30 OLIVEIRA, 2004, p. 229.

31 MARRARA, 2015, p. 258.

32 Ibidem, p. 228.

- e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;
- c) inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
 - d) a recomendação aos órgãos públicos competentes para que i) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito; ii) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;
 - e) cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;
 - f) proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos;
 - g) qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Não obstante as outras hipóteses do artigo 38, o objeto do presente trabalho cinge-se à observação da prática do Cade com a adoção de qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica. A esse respeito, Marrara³³ demonstra preocupação com a enorme discricionariedade de decisão atribuída ao Conselho configurando “tensão clara de uma disposição tão aberta como a transcrita diante do princípio da legalidade e da tipicidade que marcam o direito administrativo sancionador”.

Observando a questão da proporcionalidade a OCDE³⁴ recomenda que as sanções a práticas anticompetitivas sejam suficientemente dissuasórias e que as autoridades antitruste imponham sanções efetivas, de tipos e níveis adequados para dissuadir empresas

33 Marrara (2015, 260)

34 OCDE, 2019, p. 192

.....

e pessoas físicas que participem de violações concorrenciais, especialmente cartéis.

5. Estudo empírico sobre a aplicação do inciso VII do artigo 38 da Lei nº 12.529/2011

Com o objetivo de verificar o comportamento do Cade na aplicação da sanção prevista no inciso VII do artigo 38 da Lei nº 12.529/2011 foi organizado o seguinte estudo empírico.

Foram analisados 150 processos administrativos em que o Tribunal Antitruste condenou, entre os anos de 2012 e 2019³⁵, pessoas físicas ou jurídicas. O objetivo do recorte temporal foi possibilitar a análise do maior volume possível de casos decididos pelo Cade após a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011.

Embora seja possível argumentar que penalidades permitidas pela nova lei da concorrência em grande medida repetem os termos da Lei nº 8.884/1994 e que boa parte dos casos julgados após a vigência da Lei nº 12.529/2011 foram regrados pela lei anterior em razão da aplicação da lei vigente à época do fato, é interessante notar que o universo de processos administrativos julgados aumentou significativamente após a criação do novo Cade³⁶, indicando a criação de uma jurisprudência mais clara na atuação repressiva de condutas anticompetitivas.

As decisões condenatórias foram organizadas a partir de elementos objetivos consultados nas atas de julgamento, nas certidões de julgamento e nos votos proferidos em cada caso³⁷. Em cada processo foram individualizadas as pessoas físicas ou jurídicas condenadas e as penalidades que lhes foram cominadas, desde a multa a cada uma das penas autorizadas pelo artigo 38 da

35 Os dados dos processos julgados nesse período foram informados pela Coordenação-Geral Processual.

36 Talvez por conta do novo desenho institucional que em grande medida transferiu à Superintendência-Geral do Cade as competências para análise de processos de ato de concentração e para, diante da ausência de preocupações concorrenciais, decidi-los, sobrando ao Tribunal os casos impugnados, avocados ou com recurso de terceiro em face da decisão da SG.

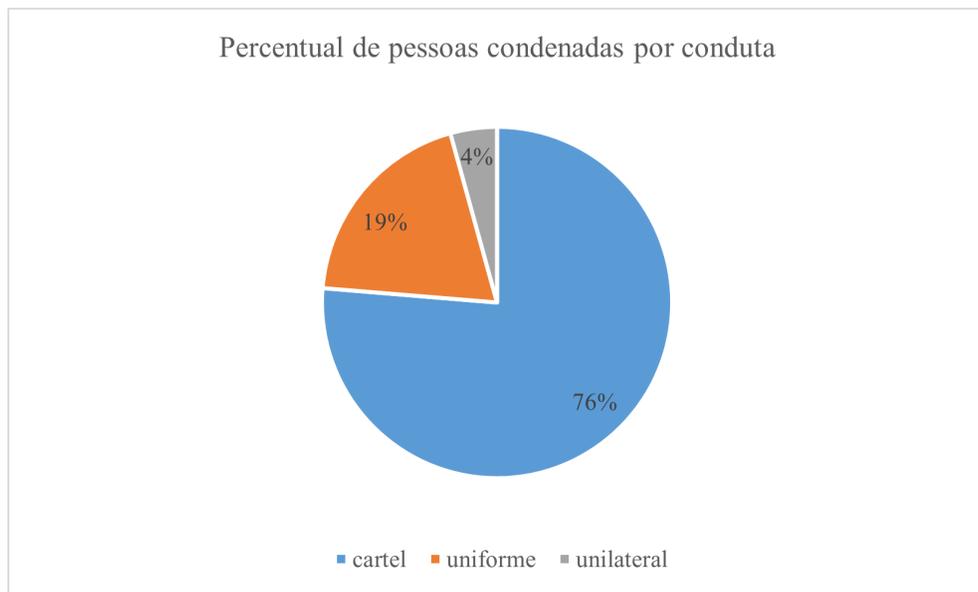
37 Todos documentos públicos pesquisados pela Pesquisa Processual constante do site do Cade: www.cade.gov.br > Pesquisa Processual.

Lei nº 12.529/2011.

As determinações do Cade às pessoas condenadas que não se encaixavam no rol dos incisos I a VI do artigo 38 foram registradas na hipótese residual, o inciso VII, que permite a adoção de “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”.

Além dos registros das sanções impostas a cada pessoa condenada foram identificados: ano e sessão de julgamento, quórum (participantes do julgamento), mercados afetados pela conduta nas dimensões produto e geográfica, tipo de conduta (cartel, conduta comercial uniforme ou conduta unilateral), incidência de cada penalidade e se a decisão ocorreu por unanimidade ou por maioria, e conteúdo da determinação constante de cada penalidade aplicada.

Dessa forma foram isolados 954 registros de pessoas condenadas naqueles 150 processos. A análise inicial separou as pessoas por grupos a partir do tipo de conduta.



Fonte: Elaboração própria

Inicialmente foi analisada a aplicação da pena do inciso VI do artigo 38 em julgamentos por cartel. Das 728 pessoas que o Cade

condenou por essa prática, em menos de 9%³⁸ houve determinação de pena que se encaixa na classificação “qualquer outro ato ou providência”.

Essa observação inicial é interessante na medida em que a grande parte das condenações do Cade foi em razão de conduta colusiva. Além disso, comumente se afirma que o cartel é a conduta anticompetitiva de maior reprobabilidade, o que poderia indicar a necessidade de decisões com potencial de intervenção no mercado.

A maior parte (55%) das determinações nesses processos de cartel pode ser classificada como medidas destinadas à cessação prática, seja por meio da abstenção de fixação conjunta de valores ou da promoção de movimentos de boicote. Do percentual restante, 38% corresponde a determinação de ampla divulgação.

% por tipo de determinação em condenações por cartel	
Tipo de determinação	% em relação ao total
cessação da prática	55%
ampla divulgação	38%
proibição de concentração	7%

Fonte: Elaboração própria

Fugiram desse padrão as determinações constantes do processo 08012.011142/2006-79, que julgou o cartel do cimento e concreto. No julgamento da Votorantim Cimentos S.A., da Cimpor Cimentos do Brasil S.A. - CCB e da Cia de Cimento Itambé foi determinada:

- a) proibição de realizar concentração entre as condenadas no mercado de cimento, por qualquer meio, pelo período de 5 (cinco) anos;
- b) proibição de realiza qualquer concentração no mercado de concreto, por qualquer meio, pelo período de 5 (cinco) anos;
- c) obrigação de informar ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC qualquer operação realizada nos

38 Percentual correspondente a 65 pessoas físicas ou jurídicas condenadas no boio de 12 processos: 08012.003745/2010-83, 08012.011142/2006-79, 08012.001020/2003-21, 08012.007033/2006-57, 08700.008551/2013-69, 08012.005004/2004-99, 08012.006969/2000-75, 08012.010187/2004-64, 08012.012032/2007-13, 08012.011791/2010-56, 08012.002812/2010-42, 08700.001729/2017-74.

setores de cimento e concreto, pelo período de 5 (cinco) anos; e

- d) proibição de realizar qualquer associação para *greenfield*, por qualquer meio, nos setores de cimento, de concreto e de escória, pelo período de 05 (cinco) anos.

Com relação ao mercado afetado, destacou-se o percentual de 52% das pessoas condenadas por práticas em mercados relacionados à saúde. Fora o mercado de cimento e concreto, os outros condenados por cartel que receberam a pena do inciso VII do artigo 38 atuavam nos seguintes mercados: direitos autorais e direitos conexos; serviços de centros de formação de condutores e despachantes (autoescolas); distribuidoras de recarga eletrônica para celulares pré-pagos; confecção e comercialização de placas automotivas.

Nas condenações por conduta comercial uniforme o volume de aplicação do inciso VII do artigo 38 assume outra proporção. Em 56% desses julgamentos houve imposição de determinações que se encaixam no conceito de qualquer outro ato ou providência.

Esse percentual corresponde a 104 representados dos quais 91 são entidades representativas de categorias como sindicatos ou associações. Essa constatação indica o forte uso das penalidades nas condenações de pessoas jurídicas que tenham capacidade de induzir conduta comercial uniforme por meio de imposição de tabelamentos de preços ou de negociação coletiva de valores.

Cabe destacar que no período de 2012 a 2019 houve a condenação de outras 81 pessoas físicas ou jurídicas por conduta comercial uniforme que não foram apenas pelo inciso IV do artigo 38. Isso demonstra que em 56% das condenações por unimilitância o Cade precisou se utilizar de qualquer outro ato ou providência destinada à cessação da prática.

Isso se destaca mais ainda quando observado o mercado relevante - 69% das pessoas que receberam imposição de obrigação da categoria estudada atuam em segmentos relacionados ao mercado de saúde³⁹. Contudo, fazendo o raciocínio inverso e verificando a lista de pessoas condenadas por unimilitância que não foram

39 Tomado em sentido amplo e englobando anesthesiologistas, bancos de sangue, serviços médicos, saúde suplementar, serviços de apoio à medicina diagnóstica.

apenas com base no inciso VII, chama a atenção que em quatro processos⁴⁰ relacionados ao mercado de saúde o Cade não tenha imposto qualquer determinação visando a cessação da prática ou ampla divulgação.

Analisando as determinações nesses processos temos o seguinte quadro:

% por tipo de determinação em condenações por conduta uniforme	
Tipo de determinação	% em relação ao total
cessação da prática	61%
ampla divulgação	37%
proibição de concentração	2%

Fonte: Elaboração própria

Novamente a maior parte das determinações destina-se a garantir a cessação da prática, muitas vezes por obrigações negativas consistentes em abstenção de tentar implementar tabelas e/ou de promover negociações coletivas; promover, sugerir, apoiar ou fomentar movimentos de boicote; impedir ou dificultar a negociação direta e individual de honorários; exigir que seus filiados lhes submetam, para anuência prévia, minutas de contrato ou preços etc.

Também são volumosas as obrigações no sentido da ampla divulgação da decisão por meio da remessa a potenciais interessados, disponibilização em sítio eletrônico ou comunicação aos associados.

Mais uma vez, o cartel do cimento chamou a atenção por conter diferencial em termos de obrigações. Nele a Associação Brasileira de Cimento Portland – ABCP; o Sindicato Nacional da Indústria de Cimento – SNIC e a Associação Brasileira de Serviços de Concretagem – ABESC receberam determinações que significavam o impedimento de pessoa física:

- a) proibição de indicar ou eleger qualquer pessoa natural condenada no presente processo administrativo na sua respectiva diretoria, pelo prazo de 5 (cinco) anos;
- b) recomendação para que as entidades não incluam nas

40 08012.002706/2009-25 (anestesia), 08012.002874/2004-14 (serviço médico em diversas especialidades), 08012.000758/2003-71 (saúde suplementar), 08012.008407/2011-19 (serviços de cirurgia torácica e de cirurgia cardiovascular).

suas respectivas diretorias qualquer indivíduo indicado pelas pessoas jurídicas condenadas no presente processo administrativo; e

- c) recomendação para que as entidades não incluam nas suas respectivas diretorias qualquer pessoa natural que tenha tido qualquer relação nos últimos 5 (cinco) anos com as pessoas jurídicas condenadas no presente processo administrativo.

No que concerne ao julgamento de condutas unilaterais, das 41 pessoas condenadas, em 56% houve imposição de obrigações com base no VII do artigo 38. Tais condutas afetaram os seguintes mercados: prestação de serviços médicos; academias, estúdios e escolas de ginástica, musculação e outras atividades físicas; planos odontológicos, shopping center; transporte e distribuição de gás natural; comércio atacadista de têxteis; movimentação e armazenagem de contêineres; mercado de impulso (consumo imediato) de sorvetes.

O mercado de movimentação e armazenagem de contêineres se destaca por, também, ter dois processos⁴¹ julgados no ano de 2016 sem imposição de obrigações do inciso VII. Nos outros três casos⁴² julgados em 2018 e 2019 houve determinações do tipo “qualquer outro ato ou providência”.

As determinações constantes dessas decisões atingiram percentuais próximos aos que foram identificados em casos de conduta comercial uniforme, com preponderância de providências destinadas à cessação da prática.

% por tipo de determinação em condenações por conduta unilateral	
Tipo de determinação	% em relação ao total
cessação da prática	63%
ampla divulgação	37%

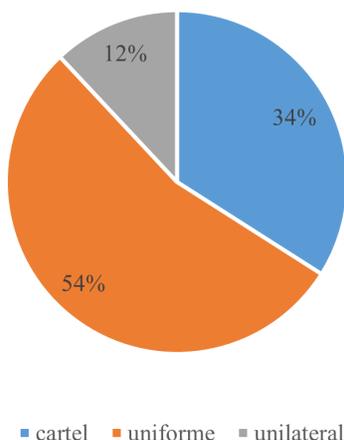
Fonte: Elaboração própria

Por fim, o seguinte gráfico ilustra a aplicação das sanções por tipo de conduta.

41 08012.003824/2002-84 e 08012.005422/2003-03

42 08012.001518/2006-37, 08700.008464/2014-92 e 08700.005418/2017-84

Incidência do inciso VII do artigo 38 por tipo de conduta



Fonte: Elaboração própria

Como foi afirmado no início, as análises das sanções impostas com base no inciso VII do artigo 38 da Lei nº 12.529/2011 partiram de aspectos objetivos. Por certo que outras análises podem ser formuladas com a observação das motivações das decisões do órgão antitruste, principalmente os elementos constantes do artigo 45 da lei: a gravidade da infração; a boa-fé do infrator; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a consumação ou não da infração; o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; a situação econômica do infrator; e a reincidência.

Considerações finais

O artigo partiu de questionamento sobre como o Cade utiliza inciso VII do artigo 38 da Lei nº 12.529/2011 ao determinar obrigações de fazer ou de não fazer, em julgamentos de infrações da ordem

A partir de estudo empírico evidenciou-se que o órgão antitruste recorre majoritariamente a essas providências nas condenações por conduta comercial uniforme e, principalmente, nas afetas aos

mercados de saúde ou destinadas a entidades representativas como associações ou sindicatos. Esse comportamento não excluiu, entretanto, a observação de determinações do tipo “qualquer outro ato ou providência” em julgamentos de cartel ou de conduta unilateral.

Percebe-se que a atuação do Cade com essa sanção destinou-se em grande medida a cessação da prática e a ampla divulgação da decisão indicando que o Tribunal entende que a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica passa pela efetiva suspensão da conduta delitativa e também pela publicidade da decisão, mormente entre os segmentos afetados.

Na análise ficou claro que as determinações constantes da condenação do cartel do cimento e concreto fugiram ao padrão adotado pelo Cade, na medida em que ensejaram providências ímpares destinadas a evitar concentrações no mercado e impedimento de participação de pessoa física.

Tais análises partiram de aspectos objetivos constantes das decisões e não excluem os impactos de elementos do artigo 45 da Lei nº 12.529/2011 na cominação das sanções. Entretanto, o estudo até aqui realizado já indica um caminho para a análise da jurisprudência do órgão e lança luzes em alguns critérios que indicam proporcionalidade na aplicação do inciso VII do artigo 38.

Referências

ARAGÃO. Alexandre Santos. Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ÁVILA. Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2004.

ÁVILA. Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 de agosto de 2020.

BRASIL. Lei nº 12.529/2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica (...). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em 30 de agosto de 2020.

BRASIL. Lei nº 9.784/1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em 30 de agosto de 2020.

BUECHELLE. Paulo Arminio Tavares. O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GICO JUNIOR. Ivo Teixeira. Cartel: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex Editora, 2006.

MARRARA. Thiago. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015.

NOHARA. Irene Patrícia. Processo Administrativo: Lei nº 9.784/1999 comentada. São Paulo: Atlas, 2009.

OCDE. Revisões por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência. Brasil, 2019.

OLIVEIRA. Gesner. Direito e Economia da Concorrência. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OSÓRIO. Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Variações de preços após a falência de uma empresa: uma análise do caso da Avianca no transporte aéreo de passageiros no Brasil

Luiz André de Abreu Cruvinel Gordo¹

RESUMO

O mercado de transporte aéreo é oligopolista e a saída de uma empresa com participação de mercado relevante tem o potencial de gerar efeitos nos preços das passagens. A Avianca, que chegou a ser a quarta maior empresa do país, parou de operar em 2019, mesmo após anos seguidos de crescimento. O presente trabalho traz um estudo de caso, com análise quantitativa indutiva das variações dos preços das passagens aéreas domésticas após a paralisação da empresa, também comparando as rotas por ela operadas com as demais. Verificaram-se aumentos no *yield* doméstico por sete meses consecutivos, sendo os mais expressivos nos três primeiros. Após esses aumentos, os dados apresentaram uma sequência de quedas mensais, verificada até o fim da série analisada. Tanto nos aumentos quanto nas quedas, as rotas Avianca apresentaram intensidade maior do que as demais.

Palavras-chave: *yield*; tarifas aéreas; falência; Avianca; preços.

ABSTRACT

Air transport is an oligopoly and the exit of an airline with a relevant market share can impact the fare prices. Avianca, which became the fourth largest airline in the country, stopped its operations in 2019

¹ Pós-graduado em Administração Financeira e Mercado de Capitais, em 2007, e em Defesa da Concorrência e Direito Econômico, em 2020, pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, e bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília. É Especialista em Regulação de Aviação Civil desde 2008, lidando com regulação econômica do transporte aéreo. Passou a ocupar o cargo de Gerente Técnico de Análise Econômica na Agência Nacional de Aviação Civil em 2015, trabalhando com diversas estatísticas e estudos do setor. O presente artigo foi desenvolvido como requisito para conclusão de sua última pós-graduação. E-mail: luizgordo@gmail.com

even after consecutive years of growth. The present work is a case study, with a quantitative inductive analysis of the domestic fare prices changes after the company's grounding, also comparing the changes in its former routes with the others. Raises were verified in the domestic average yield in seven straight months, with higher raises in the first three. After the raises there were price drops in all months until the end of the studied series. In both periods, raises and falls, the intensity of Avianca's routes price changes was higher than the other routes.

Keywords: yield; air fares; bankruptcy; Avianca; prices.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Revisão de literatura*; 3. *Metodologia*; 4. *Análise dos dados*; 5. *Conclusão*; *Referências bibliográficas*.

1. Introdução

O mercado de transporte aéreo possui características intrínsecas que o levam a ser caracterizado pela presença de poucas empresas. Trata-se de um mercado oligopolista. É, também, comum para o mercado de transporte aéreo, que haja uma certa rotatividade das empresas que nele operam.²

Com a interrupção das operações de uma empresa que tenha participação de mercado relevante, é esperado que seja sentido algum tipo de impacto nos preços, ao menos no curto prazo. Portanto, este artigo buscou verificar como foi a variação nos preços após a saída da Avianca, que foi um participante relevante no mercado brasileiro.

A Avianca (Oceanair Linhas Aéreas S.A.) iniciou sua operação no mercado brasileiro em 2003, chegando a ter uma participação de mercado de 13,4% em 2018, sendo a quarta maior empresa do mercado doméstico. No entanto, a empresa passou a apresentar dificuldades financeiras nesse mesmo ano, culminando em um pedido de recuperação judicial em dezembro e, no ano seguinte, na interrupção de suas operações. Em 14 de julho de 2020, a empresa

2 GILLEN, D. Airline Business Models and Networks: Regulation, Competition and Evolution in Aviation Markets. *Review of Network Economics*, v. 5, n. 4, p. 366-385, 2006.

teve sua falência decretada.

No início dos anos 2000, o mercado passou por situação semelhante quando a Varig Linhas Aéreas S. A. entrou em declínio, culminando em sua incorporação pela Gol Linhas Aéreas S. A. Na ocasião, foram verificados aumentos de preço após a união das duas empresas e o caso serve de exemplo para o presente trabalho, com as devidas ressalvas. A Avianca, quando de sua saída do mercado, possuía uma trajetória de participação de mercado diversa da Varig e os contextos econômicos em cada uma estava inserida eram bastante diferentes. Além disso, a participação de mercado atingida por cada uma em sua história foi distinta. Adiante, são apresentados dados para uma melhor contextualização dos dois casos.

Um dos principais indicadores do setor é o “Yield Tarifa Aéreo Médio”, doravante chamado apenas de *yield*, que consiste no valor pago por passageiro por quilômetro voado. Ele é o valor da tarifa média dividida pela distância e serve para comparar os preços entre linhas aéreas com diferentes distâncias³, por isso, ele foi o indicador utilizado como referência do valor de tarifas.

A presente pesquisa, então, identificou a variação no *yield* doméstico nos meses subsequentes à paralisação das operações da Avianca, comparando as variações nesse indicador à das rotas operadas pela empresa e às variações das demais rotas. Não foi pretensão deste trabalho fazer juízo de causa e consequência, mas apenas observar as variações dos dados mencionados.

Na segunda seção deste trabalho é feita uma revisão de literatura, buscando contextualizar a dinâmica competitiva do mercado de transporte aéreo. Na seção seguinte, explica-se a metodologia e as fontes utilizadas para cálculo dos dados utilizados na análise. Posteriormente, são apresentados os dados, situando a posição da Avianca no mercado e analisando o *yield*, como proposto. Por fim, apresentam-se as conclusões.

3 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Metodologia de Acompanhamento das Tarifas Aéreas Domésticas. Disponível em [<https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/tarifas-aereas-domesticas-1/metodologia-de-acompanhamento-das-tarifas-aereas-domesticas>]. Acesso em 18/7/2020.

2. Revisão de literatura

Conforme Oliveira⁴, o setor de aviação civil é estratégico devido a sua capacidade de gerar um deslocamento rápido e eficiente, induzindo negócios, fechamentos de contrato e crescimento econômico. Trata-se tanto de um insumo industrial, essencial para diversas atividades econômicas, como um serviço de consumo das famílias, a lazer. Sua execução gera efeitos multiplicadores (*spill-overs*) na economia e, conseqüentemente, problemas no setor acabam gerando reflexos negativos na sociedade.

Vasigh *et al*⁵ afirmam que o mercado de transporte aéreo é oligopolista, havendo, em geral, poucas empresas operando nas rotas. Em oligopólios, as ações de uma firma individualmente são capazes de afetar o mercado como um todo e, também, as decisões dos demais competidores. Isso cria uma interdependência entre as ações das empresas no mercado. Os autores indicam que, por isso, é possível que existam dois tipos de comportamento, no curto prazo. As empresas podem fazer uma colusão tácita, mantendo os preços relativamente altos, evitando uma competição agressiva, ou, alternativamente, pode haver um comportamento agressivo (*cut throat*), o que parece ser o caso das empresas aéreas, levando-as a operar com prejuízos rotineiramente.

Conforme Baumol⁶, a estrutura da indústria oligopolista é determinada endogenamente e simultaneamente, através do preço, da produção (produto), propaganda e outras decisões tomadas pelas firmas, em contraste com a teoria clássica, que assume que a estrutura da indústria é dada exogenamente. Para o autor, o número de empresas em mercados oligopolistas é determinado, entre outras coisas, de acordo com a estrutura de custos do mercado (economias e deseconomias de escala). Ela depende da função de produção da indústria e vai ter a quantidade de empresas que for mais eficiente na produção para uma dada demanda. Como o preço depende dos

4 OLIVEIRA, A. V. M. Transporte aéreo: Economia e Políticas Públicas. p. 25 e 26. São Paulo: Pezco, 2009.

5 VASIGH, B.; FLEMING, K.; TACKER, T. *Introduction to Air Transport Economics: From Theory to Application*. 2ª Ed. p. 249 e 250. Nova York: Routledge, 2013.

6 BAUMOL, W. J. Contestable Markets: An Uprising in the Theory of industry structure. *The American Economic Review*. V. 72. N. 1. p. 3. 1982.

custos e da função de produção, a estrutura de mercado e os preços são definidos simultaneamente.

Nesse contexto, um conceito importante para se entender a dinâmica de mercados oligopolistas, como o setor aéreo, é o de contestabilidade. Para Baumol⁷, um mercado contestável é aquele em que a entrada é livre e a saída é sem custos. Isso não quer dizer que um entrante não tenha custos de entrada, mas que estes custos não representam uma desvantagem competitiva. Em um mercado perfeitamente contestável, a aferição de lucros acima do normal geraria uma atratividade no mercado, atraindo novas empresas, forçando os preços para um cenário concorrencial.

É justamente esse o ponto em que se deve esclarecer que o mercado de transporte aéreo é potencialmente competitivo, embora oligopolista. O Tribunal de Contas da União - TCU, por meio do Acórdão nº 346/2008 do Plenário, reconheceu o potencial competitivo do setor aéreo doméstico. No entender daquela Corte, o instituto da concessão não é adequado à operação de linhas aéreas, uma vez que o mercado não apresenta características de monopólio natural e é desejável que haja a maior quantidade de operadores possível em uma rota. Ademais, ressalta que o setor vem passando por mudanças que reduzem barreiras e possibilitam uma maior contestabilidade do mercado⁸. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade afirma que “a dinâmica do mercado de transporte aéreo gera naturalmente características potenciais de concentração de mercado, mas isso não quer dizer que não possa haver concorrência no setor”⁹.

Essa característica de competição leva ao que Gillen¹⁰ chama de mercado *empty-core*. São mercados que possuem ciclos de lucro e de prejuízos, sendo comum a entrada e a saída de empresas

7 (idem, p.4)

8 Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 346/2008 Plenário. Disponível em [www.tcu.gov.br]; Acesso em 18/7/2020.

9 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. Departamento de Estudos Econômicos. Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas - 2017. p. 26. Disponível em [http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Cadernos%20do%20Cade]. Acesso em 13 de julho de 2020.

10 GILLEN, D. Airline Business Models and Networks: Regulation, Competition and Evolution in Aviation Markets. Review of Network Economics, v. 5, n. 4, p. 381, 2006.

conforme o ciclo. Nos ciclos de maior lucratividade, há uma maior atratividade no setor, levando a entrada de novas empresas. Essas empresas acirram a competição, reduzindo as margens de lucro, convergindo o mercado para um ambiente de competição perfeita, com lucro econômico zero, como indicado por Baumol¹¹ e Vasigh *et al*¹². No entanto, essa redução nas margens de lucro começa a afetar as empresas menos eficientes e a forçar prejuízos. Logo, à medida em que o tempo avança, os prejuízos vão ficando insustentáveis e essas empresas saem do mercado. Gillen destaca que esses ciclos vão se repetindo, fazendo com que os mercados *empty-core* sejam caracterizados pela ausência de equilíbrio¹³.

No mercado brasileiro, há diversos casos de entrada e saída. Com a progressiva liberalização do mercado, empresas mais antigas, constituídas com modelo de oferta de produtos de maior qualidade com preços regulados pelo Estado (conhecidas como *Legacy Carriers*), passaram a ter que concorrer por preços com empresas de estruturas de custos mais enxutas¹⁴. O resultado foi a saída de quase todas elas, seja por falência ou por incorporação, como o caso da Varig.

Oliveira¹⁵ analisou, entre outras coisas, os impactos do processo de falência da Varig e sua incorporação pela Gol em 2007. O processo de concordata da empresa se iniciou em junho de 2005, e teve várias idas e vindas até sua conclusão. Em resumo, a Varig foi dividida em duas partes, sendo uma livre de débitos, incorporada pela Gol em 2007, e outra que operou por poucos meses, tendo a falência decretada em agosto de 2010. A dissertação teve como referência dois momentos no tempo. O primeiro analisou consequências

11 BAUMOL, W. J. Contestable Markets: An Uprising in the Theory of industry structure. *The American Economic Review*. V. 72. N. 1. P. 1-15. 1982.

12 VASIGH, B.; FLEMING, K.; TACKER, T. *Introduction to Air Transport Economics: From Theory to Application*. 2ª Ed. Nova York: Routledge, 2013.

13 GILLEN, D. Airline Business Models and Networks: Regulation, Competition and Evolution in Aviation Markets. *Review of Network Economics*, v. 5, n. 4, p. 380, 2006.

14 OLIVEIRA, A. V. M. Transporte aéreo: Economia e Políticas Públicas. São Paulo: Pezco, 2009.

15 OLIVEIRA, R. P. *Airline financial distress and its impacts on airfares: An econometric model of the dynamic effects of a bankruptcy filing followed by an acquisition*. 2017. 120 f. Dissertação de mestrado em Engenharia de Infraestrutura Aeronáutica - Instituto Tecnológico de Aeronáutica. São José dos Campos, 2017.

com base no pedido de concordata, em 2005. O segundo, que mais interessa a este trabalho, apresenta análises nos preços a partir da incorporação pela Gol, em 2007. Verificou-se que os aumentos de preços nos meses seguintes à incorporação estão fortemente relacionados à união das duas empresas¹⁶.

Entretanto, a saída das empresas mais antigas não foram as únicas que ocorreram no mercado brasileiro nas últimas décadas. Outras empresas como a BRA Transportes Aéreos S. A. e a Webjet Linhas Aéreas S. A., esta última também incorporada pela Gol, se lançaram no mercado após os anos 2000 e já não operam mais. O caso mais recente que chama a atenção, devido à participação de mercado que a empresa detinha, é o da Avianca.

O processo da Avianca não foi tão moroso quanto o da Varig. Um fator relevante para a maior celeridade é que já estava em vigor a Convenção da Cidade do Cabo¹⁷. Pela Convenção, em síntese, quando um arrendatário atrasa o pagamento do *leasing*, o credor pode solicitar o imediato cancelamento da matrícula da aeronave. Isto quer dizer, na prática, que o devedor perde a aeronave, que deixa de ser registrada em nome da empresa devedora e passa a ser operada (controlada) pelo credor quando este assim o solicita, tendo plenos poderes sobre o bem. No caso da Varig, Oliveira¹⁸ aponta que a empresa se beneficiou com o adiamento da entrega de aeronaves a seus credores.

O pedido de recuperação judicial da Avianca ocorreu em dezembro de 2018, tendo os arrendadores de aeronaves entre os credores. Já em abril de 2019, a empresa teve que devolver uma quantidade de aeronaves tão significativa que a quantidade de passageiros que transportou naquele mês foi 47,6% menor do

16 Idem, p. 105.

17 A Convenção da Cidade do Cabo foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 135, de 2011, e promulgada pelo Decreto n 8.008, de 15 de maio de 2013.

18 OLIVEIRA, R. P. *Airline financial distress and its impacts on airfares: An econometric model of the dynamic effects of a bankruptcy filing followed by an acquisition*. 2017. 120 f. Dissertação de mestrado em Engenharia de Infraestrutura Aeronáutica – Instituto Tecnológico de Aeronáutica. P. 107. São José dos Campos, 2017.

que o mesmo mês no ano anterior¹⁹. A capacidade da empresa operar e obter ganhos de rede para competir com seus rivais ficou comprometida. No mês seguinte, a empresa teve suas operações suspensas pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. A falência da empresa foi decretada em 14 de julho de 2020²⁰.

3. Metodologia

Análises do ponto de vista concorrencial dependem da definição de um mercado relevante, cuja definição ocorre nas dimensões de produto e geográfica²¹. Sob a ótica do produto, no transporte aéreo, há a separação entre passageiros, carga e de comercialização de passagens aéreas mediante uso de recursos de TI. Na dimensão geográfica, o mercado relevante pode ser visto tanto por rotas (origem e destino), como por macrorregiões abrangentes (Brasil, inter-regionais *etc*)²². Nesse sentido, este trabalho se baseou no mercado de transporte aéreo de passageiros, sob a ótica do produto. As dimensões geográficas abrangidas são o Brasil, considerando o mercado doméstico como um todo, e o conjunto das rotas operadas pela Avianca.

Assim, o trabalho observa e compara as variações na média das tarifas domésticas e nos grupos de rotas “Avianca” e “Não Avianca”, conforme detalhado nesta seção. Para tanto, baseou-se na análise de dados primários, disponíveis na página da ANAC na internet.

19 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Relatório Demanda e Oferta do Transporte Aéreo. Disponível em: [<https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/relatorio-demanda-e-oferta-do-transporte-aereo-empresas-brasileiras>]. Acesso em 16 de julho de 2020. Base de dados.

Processo digital nº 1125658-81.2018.8.26.0100 na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

20 Processo digital nº 1125658-81.2018.8.26.0100 na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

21 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Análise de Atos de Concentração Horizontal (guia). Disponível em [http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view]. Acesso em 16 de julho de 2020.

22 ONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Departamento de Estudos Econômicos. Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas – 2017. p. 69. Disponível em [<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Cadernos%20do%20Cade>]. Acesso em 13 de julho de 2020.

Na análise principal, são utilizados dados de janeiro de 2018 a março de 2020. O ano de 2018 foi o último ano inteiro de operações da empresa e, como mencionado anteriormente, foi quando a Avianca atingiu sua maior participação no mercado doméstico. Para efeitos deste estudo, considera-se que o último mês de operação da empresa foi março de 2019, devido à ausência de dados tarifários posteriores e a significativa redução das operações no mês de abril, mencionada anteriormente.

Apesar de haver dados domésticos de períodos posteriores, a análise se encerra em março de 2020 devido aos impactos da pandemia da COVID-19 sobre a aviação a partir do mês de abril do mesmo ano. A título de informação, a quantidade de passageiros transportados naquele mês foi cerca de 94% menor do que o mesmo mês no ano anterior²³. Isso forçou as empresas a ajustarem suas malhas, reduzindo voos e modificando significativamente a estrutura do mercado.

Para efeitos de contextualização do mercado, serão utilizados dados entre 2001, ano inicial da base de dados, e 2020. Quando a análise contemplar anos inteiros, o ano de 2020 não será incluído, uma vez que este trabalho foi concluído antes de seu encerramento.

É importante observar que o setor aéreo e, conseqüentemente, seus dados, possuem sazonalidade, isto é, têm vieses de alta ou baixa conforme a época do ano. Por exemplo, as tarifas tendem a ser mais altas em períodos de férias escolares e mais baixas na “baixa temporada”²⁴. O mesmo ocorre com o fluxo de passageiros. Assim, as análises aqui constantes comparam cada mês com período idêntico de anos diferentes (ex.: março/2020 versus março/2019 ou dezembro/2019 versus dezembro/2018).

Foram utilizados dados coletados e publicados pela ANAC de 2 espécies: dados estatísticos e dados tarifários. O detalhamento de cada dado segue abaixo, conforme a explicação dos passos seguidos

23 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Relatório Demanda e Oferta do Transporte Aéreo. Disponível em: [<https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/relatorio-demanda-e-oferta-do-transporte-aereo-empresas-brasileiras>]. Acesso em 16 de julho de 2020.

24 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Relatório Tarifas Aéreas Domésticas, 4º trimestre de 2019. Disponível em [<https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/tarifas-aereas-domesticas-1/relatorio-de-tarifas-aereas-domesticas-nacional>]. Acesso em 16 de julho de 2020.

para as análises de variação de *yield* almejadas.

O primeiro passo para a análise dos dados foi a identificação das rotas operadas pela Avianca no ano de 2018 na base de dados estatísticos da ANAC. Os dados estatísticos, coletados pela Agência conforme Resolução nº 191, de 16 de junho de 2011²⁵, trazem, entre outros, informações de fluxo de pessoas entre aeroportos, destrinchados por empresa, ano e mês.

Para definir os grupos “Avianca” e “Não Avianca” foi utilizada a variável “Quantidade de passageiros pagos domésticos transportados” constante da Base de Dados Estatísticos do Transporte Aéreo. Ela indica o fluxo de passageiros, informando seu local de embarque e de desembarque. Esse dado não reflete necessariamente a origem e o destino final do passageiro. Então, no nível de desagregação utilizado aqui, o dado não nos mostra casos em que os passageiros estavam em conexão à parte daqueles que tinham como origem e destino o voo sem escala. No entanto, considera-se adequado para os fins propostos, por representar a quantidade de passageiros transportados em voos diretos, sendo, então, válido para indicar as rotas onde a empresa operava.

Para uma maior consistência da análise, optou-se por não aplicar a classificação “Avianca” a todas as rotas da empresa que tenham tido passageiros pagos transportados na base de dados. Não se consideraram como uma rota operada pela empresa aquelas que tenham sido interrompidas durante o ano, não tendo um volume considerável e, também, as que tenham sido iniciadas pela empresa sem chegar a atingir um grau de maturação que tenha gerado também um volume significativo. Então, pela característica do dado tarifário, descrito adiante, na ausência de tal filtro, rotas com muitos passageiros de outras empresas, mas com pequena participação da Avianca, viesariam a análise das rotas em que a empresa teve uma quantidade mais significativa.

O filtro das rotas foi feito considerando que a empresa ofertou 155 assentos em média por voo, com ocupação média de 84,4%, sendo transportados 130,8 passageiros por voo em média. Arbitrou-se, para efeitos de teste, que, para ser considerada “Avianca”, uma

25 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Resolução nº 191, de 16 de junho de 2011. Disponível em [<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2011/resolucao-no-191-de-16-06-2011>]. Acesso em 17/7/2020.

rota deveria ter tido pelo menos a média de 3 voos por semana de ida e volta, por, pelo menos seis meses. Assim, com cada voo transportando 130,8 passageiros por 26 semanas (6 meses) em cada sentido (x2), obteve-se o valor de 20.405 passageiros. Assim, foram consideradas como “Avianca” apenas aquelas rotas que tenham tido pelo menos 20.405 passageiros pagos no ano de 2018.

Com esse valor, verificou-se na base de dados que a rota incluída como “Avianca” com menor quantidade teve 31.583 passageiros no ano (Fortaleza – Salvador). Entre as rotas classificadas como “Não Avianca”, a maior quantidade foi de 11.882 passageiros (Fortaleza – Congonhas). Nota-se que o parâmetro de corte foi eficaz no sentido de excluir rotas com quantidade de passageiros pouco significativa, que poderiam enviar a análise. Importante destacar que a exclusão das rotas se deu com base na quantidade absoluta de passageiros no ano e não com base na participação de mercado da empresa em cada rota.

Após a identificação das rotas descrita acima, aplicou-se à base dos dados tarifários a classificação das rotas como “Avianca” ou “Não Avianca”. Os dados tarifários das empresas aéreas foram regulamentados pela Resolução nº 140, de 9 de março de 2010²⁶, e são registrados na ANAC mensalmente por empresas aéreas brasileiras e estrangeiras, segmentados em dados domésticos – voos com origem e destino no Brasil – e internacionais – voos com origem no Brasil e destino no exterior, registrando também o voo de retorno, quando for o caso. Neste artigo, são utilizados apenas os dados domésticos.

Trata-se de um registro *a posteriori*, sendo registradas, até o último dia útil do mês subsequente, as passagens comercializadas em determinado mês. Isto quer dizer que não entram no registro passagens que tenham sido meramente ofertadas e ninguém tenha comprado. Apenas aquelas efetivamente comercializadas entram no registro.

No caso dos voos domésticos, o registro está, ainda,

26 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Resolução nº 140, 9 de março de 2010. Disponível em [<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2010/resolucao-no-140-de-09-03-2010#:~:text=Ementa%3A,serve%3A7os%20de%20transporte%20a%C3%A9reo%20regular>]. Acesso em 17/7/2020.

regulamentado pela Portaria nº 2.923, de 27 de outubro de 2016²⁷, que estabelece o propósito da coleta dos dados de tarifas da seguinte forma:

Art. 2º O propósito do registro das tarifas aéreas domésticas comercializadas é propiciar o acompanhamento da evolução do preço dos serviços de transporte aéreo público regular de passageiros com base nos dados das passagens comercializadas ao público adulto em geral.

Assim, a referida Portaria exclui do escopo do registro condições tarifárias que não estejam disponíveis ao “público adulto em geral”, como tarifas negociadas entre a empresa aérea e outras pessoas jurídicas (tarifas corporativas), passagens vinculadas a pacotes turísticos, preços aplicados a crianças e bebês, entre outros. Isso faz com que o registro de tarifas não represente o total de passageiros, mas é suficiente para se ter uma boa noção do que foi efetivamente comercializado ao público adulto em geral.

Diferentemente do dado estatístico explicado acima, o dado tarifário retrata a origem e o destino reais do passageiro. Isto é, mostra o dado conforme a origem e o destino apontados por ele no momento da compra da passagem, independente de escalas ou conexões²⁸.

As informações enviadas pelas empresas individualmente são compostas por origem, destino, valor da passagem e quantidade de assentos comercializados àquele valor. Dessa forma, é possível calcular os valores médios praticados para cada mês por pares de origem-destino (rota), viabilizando a análise mensal e separada por rotas “Avianca” e “Não Avianca” pretendida.

Na seção de apresentação e análise dos dados, está demonstrada a proporção dos grupos em relação ao total para se ter uma noção da representatividade de cada um.

Após feitas as classificações dos dados tarifários a partir das informações dos dados estatísticos, foi feito o cálculo do *yield* médio

27 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Portaria nº 2.923/SAS, de 27 de outubro de 2016. Disponível em [https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/portarias/portarias-2016/portaria-no-2923-sas-27-10-2016]. Acesso em 17/7/2020.

28 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Metodologia de Acompanhamento das Tarifas Aéreas Domésticas. Disponível em [https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/tarifas-aereas-domesticas-1/metodologia-de-acompanhamento-das-tarifas-aereas-domesticas]. Acesso em 18/7/2020

doméstico e o de cada grupo. Para o cálculo, foi utilizada a média ponderada por assentos e por quilômetro a fim de que rotas com menos assentos comercializados não tenham tanto peso quanto rotas mais densas. Para fins de se evitar o viés inflacionário, foram utilizados dados deflacionados a preços de março/2020, pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Esta metodologia é igual à utilizada nos relatórios de tarifa aérea doméstica da ANAC. Todos os valores mencionados no trabalho fazem menção aos valores reais, corrigidos pela inflação, salvo expressamente excepcionado.

O *yield* é um indicador amplamente utilizado em análises do setor, tanto para adoção de políticas públicas, como em relatórios econômico-financeiros das empresas aéreas e estudos elaborados por pesquisadores do setor. É importante salientar que, por ser ponderado pela quilometragem, sua utilização permite que se agrupem informações de rotas com diferentes tamanhos. No Brasil, o *yield* é apresentado, em geral, por valores expressos em Reais por passageiro por quilômetro. Nos Estados Unidos, sua unidade de medida é dólares por passageiro por milha.

Subsidiariamente, para uma melhor contextualização do setor e da própria empresa focada, foram utilizados dados econômico-financeiros constantes do Anuário do Transporte Aéreo, publicado pela ANAC. Dados do Banco Central do Brasil e da Agência Nacional de Petróleo foram utilizados para ilustrar a evolução do câmbio e do Querosene de Aviação, fatores relevantes nos custos das empresas e, conseqüentemente, nos preços.

Para os cálculos de participação de mercado, seguindo a metodologia da ANAC, foi utilizado o indicador *Revenued Passenger Kilometer* - RPK. Ele representa a soma dos passageiros em um voo, multiplicado (ponderado) pela distância da rota²⁹. Trata-se de um indicador amplamente utilizado não apenas para representar as participações de mercado das empresas aéreas, mas também como um indicador de demanda do setor, como no Relatório de Demanda e Oferta e no Anuário do Transporte Aéreo, da ANAC.

29 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Descrição das variáveis dos dados estatísticos. Disponível em [<https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/descricao-de-variaveis>]. Acesso em 6/8/2020.

4. Análise dos dados

4.1 Contexto econômico e participação de mercado

De 2003, ano do início das operações da Avianca, a 2019, o Produto Interno Bruto – PIB do Brasil cresceu 44,3%³⁰. No mesmo período, a quantidade de passageiros domésticos cresceu 227,1%, passando de 29,1 milhões para 95,2 milhões³¹. Contudo, o período não foi de crescimento contínuo para o setor, nem para a economia brasileira.

Os anos de 2015 e 2016 apresentaram uma redução no PIB de 3,6% e 3,3%, respectivamente, indicando uma recessão econômica há muito não vista no país. Os três anos seguintes apresentaram crescimento próximo a 1%, de maneira que o PIB não retomou os patamares anteriores à recessão³². Esse encolhimento da economia foi acompanhado por indicadores do setor aéreo. Após 11 anos de crescimento com taxa média de crescimento anual de 11,4%, a taxa de crescimento de passageiros domésticos foi de 0,3% em 2015 e, em 2016, houve redução de 7,8%³³.

Nos primeiros anos de operação, entre 2003 e 2008, a Avianca chegou a 2,7% de participação no mercado doméstico. Após ligeira queda em 2009, a empresa retomou o crescimento no mercado, tornando-se a 4ª maior empresa do mercado em 2012, com 5,4% de participação, e manteve o crescimento nos anos seguintes.³⁴

Entre 2015 e 2018, enquanto a economia esteve em crise e começou a se recuperar lentamente, a Avianca expandiu a quantidade de passageiros domésticos em 44,3%, ante uma retração média do mercado de 2,6%. No ano de 2016, com a queda no consolidado

30 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Contas Nacionais Trimestrais. Disponível em [<https://sidra.ibge.gov.br/Tabela/1621>]. Acesso em 6/8/2020. Base de dados.

31 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Relatório Demanda e Oferta do Transporte Aéreo. Disponível em: [<https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/relatorio-demanda-e-oferta-do-transporte-aereo-empresas-brasileiras>]. Acesso em 16 de julho de 2020. Base de dados.

32 (IBGE, 2020. Base de dados)

33 (ANAC – Relatório de demanda e oferta, 2020. Base de dados)

34 (*idem*)

nacional de 7,8% mencionada acima, foi a única empresa a aumentar a quantidade de passageiros domésticos transportados. Em 2018, último ano inteiro de suas operações, atingiu 13,4% de participação de mercado doméstico, a máxima histórica. Destaca-se que, em 2017 e 2018, a Avianca expandiu suas operações no mercado internacional também, transportando pouco mais de 200 mil e 655 mil passageiros em cada ano, respectivamente.³⁵

O crescimento da empresa, entretanto, não foi necessariamente acompanhado de melhores resultados econômicos. As receitas líquidas da Avianca cresceram a cada ano de suas operações, mas em quase todos eles foram apurados resultados líquidos negativos. Em 2017, acompanhou a tendência do setor e apurou resultado líquido positivo. Porém, no ano seguinte, registrou prejuízo recorde, de cerca de quinhentos milhões de reais.³⁶

4.2 Evolução dos preços

A definição dos preços do transporte aéreo depende de muitas variáveis e sua oscilação em um determinado período de tempo não pode ser atribuída a uma única variável isoladamente. Entre essas variáveis, duas são atreladas aos principais custos do setor no Brasil: o preço do combustível de aviação e a taxa de câmbio³⁷. A Figura 1 ilustra a trajetória dessas variáveis desde 2003, em conjunto com os valores nominais do *yield*³⁸. A variável utilizada para representar o

35 (*idem*)

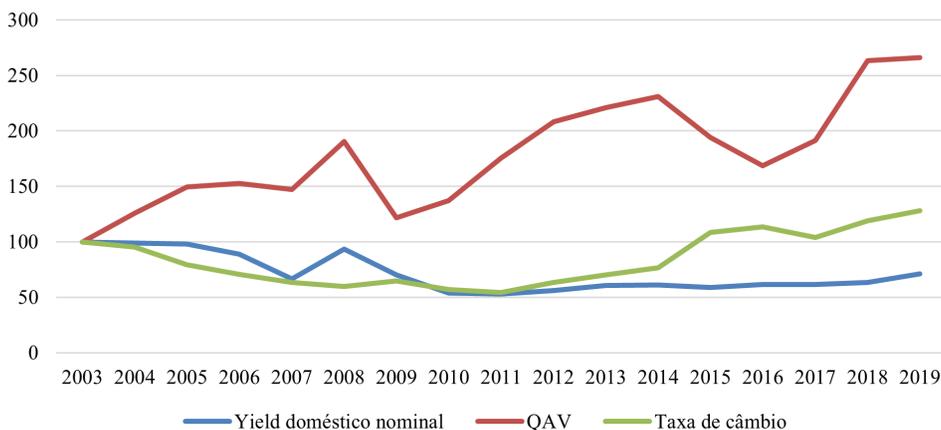
36 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Anuário do Transporte Aéreo. Disponível em [<https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo>]. Acesso em 8/8/2020.

37 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Relatório Tarifas Aéreas Domésticas, 4º trimestre de 2019. Disponível em [<https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/tarifas-aereas-domesticas-1/relatorio-de-tarifas-aereas-domesticas-nacional>]. Acesso em 16 de julho de 2020.

38 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Microdados de tarifas aéreas comercializadas. Disponível em [<https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/microdados-de-tarifas-aereas-comercializadas>]. Acesso em 16 de julho de 2020. Base de dados.

combustível são os valores do querosene de aviação (QAV)³⁹ e, para a taxa de câmbio, são os valores de Reais por Dólar⁴⁰. Todas foram colocadas com base 100 em 2003.

Figura 1 - Evolução do *yield* nominal, do combustível de aviação e da taxa de câmbio



Fonte: ANAC, ANP e Banco Central do Brasil - Elaboração própria

Observa-se que, de 2003 a 2019, a variação do *yield* nominal não acompanhou perfeitamente a variação da taxa de câmbio e do combustível de aviação. Contudo, para uma melhor avaliação da trajetória do *yield* ao longo do tempo, considera-se necessário avaliar os valores reais (deflacionados) do *yield*, conforme descrito na seção de metodologia.

Entre 2003 e 2011, o *yield* médio real no Brasil teve uma trajetória de queda, com uma variação de -62,5% no período. O ano de 2008 foi o único em que foi registrado aumento no indicador (+32.8%), justamente o ano subsequente ao da incorporação da Varig pela

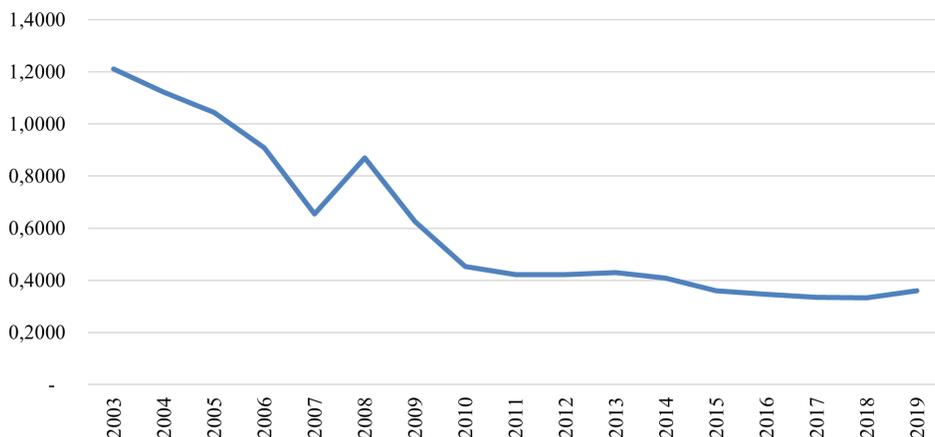
39 AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS. Preços de produtores e importadores de derivados de petróleo. Disponível em [http://www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorrenca/precos/precos-de-produtores]. Acesso em 27/7/2020. Base de dados.

40 BANCO CENTRAL DO BRASIL. Séries Temporais. Disponível em: [https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries]. Acesso em 27/7/2020. Base de dados.

Gol.⁴¹

Nos 8 anos seguintes, entre 2011 e 2019, a queda no valor do *yield* doméstico médio anual foi de 14,5%. Nesse período, houve 3 anos de alta: 2012, 2013 e 2019. Este último foi justamente o ano da paralisação das operações da Avianca, com aumento de 8,5% em relação ao ano anterior. Nos anos de 2012 e 2013, o aumento foi de 0,3% e 1,8% respectivamente.

Figura 2 - Evolução do *yield* real doméstico (R\$ ajustados para março/2020 pelo IPCA)

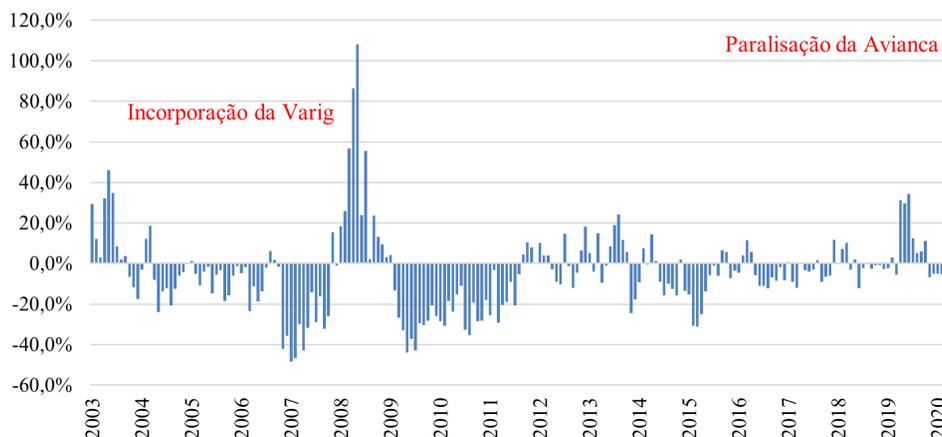


Fonte: ANAC - Microdados de Tarifas Aéreas Domésticas - Elaboração própria

Observando-se as variações mensais, é possível verificar mais especificamente a distribuição dessas variações dentro de cada ano. Pela Figura 3, abaixo, nota-se que as variações nos preços foram mais significativas nos meses mais próximos aos das saídas da Varig e da Avianca do que nos demais períodos.

41 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Microdados de tarifas aéreas comercializadas. Disponível em [<https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/microdados-de-tarifas-aereas-comercializadas>]. Acesso em 16 de julho de 2020. Base de dados.

Figura 3 – Variação mensal percentual no *yield* doméstico



Fonte: ANAC – Microdados de Tarifas Aéreas Domésticas – Elaboração própria

Tendo a incorporação da Varig como referência, observa-se que, a partir de janeiro de 2008, os valores de *yield* doméstico tiveram 13 meses consecutivos de alta, sendo, inclusive, observadas as maiores variações mensais da série histórica da ANAC. Nos 31 meses subsequentes, houve queda nos preços, retomando a tendência descendente verificada nos períodos anteriores.

Por sua vez, nos primeiros três meses com ausência de operações da Avianca, de abril a junho de 2019, foram verificados os maiores aumentos no valor do *yield* doméstico desde 2008 (+31,1% em abril; 29,5% em maio; e 34,3% em junho). No entanto, a sequência de meses com aumentos foi menor do que no caso da Varig, de apenas 7 consecutivos. Além disso, a maior variação mensal observada, de 34,3%, em junho, foi consideravelmente menor do que os 108,1% de aumento verificado em maio de 2008.

Como mencionado anteriormente, não é pretensão deste trabalho buscar estabelecer uma relação de causa e efeito, mas apenas verificar o comportamento do *yield* após a paralisação da Avianca. Isto posto, pode-se observar que o comportamento dos preços nos três meses seguintes à paralisação daquela empresa (de abril a junho) foram os mais significativos no ano de 2019, com indícios

de um comportamento semelhante ao observado por Oliveira⁴² no caso da Varig, embora em menor escala.

Como mencionado anteriormente, a Varig era uma *legacy carrier*, que já operava quando o processo de liberalização iniciou. De 2000 a 2005, a participação de mercado do grupo econômico da Varig⁴³ passou de 46,3% a 28,3%. Em 2006, no ano anterior à incorporação pela Gol, sua fatia foi de 10,6%⁴⁴. A Varig teve uma trajetória de queda de participação de mercado, mas, dois anos antes de sua saída, sua fatia ainda foi cerca de duas vezes maior do que o ápice da Avianca. Ademais, o índice Herfindahl-Hirschman (HHI) mostra um mercado mais concentrado em 2007 e 2008 do que em 2018 e 2019, conforme Tabela 1 abaixo. Esses fatores podem ter contribuído para a diferença de magnitude da variação de preços nos dois períodos, mas a confirmação dessas hipóteses foge ao escopo desse estudo.

Tabela 1 - Índice Herfindahl-Hirschman (HHI)

	2007	2008	2018	2019
HHI	3.985	3.928	2.819	3.191

Fonte: ANAC. Elaboração própria

Percebe-se que, após a saída da Avianca, foi observado um aumento nos valores de *yield* médio doméstico, que, resguardadas as devidas proporções e contextualizações, se parece com o observado no caso da Varig. Passa-se, então, a comparar como foi a distribuição desses aumentos nas rotas que eram operadas pela Avianca e nas demais, tendo a média doméstica como referência.

Após a classificação das rotas como descrito na seção de metodologia, verificou-se que as rotas “Avianca” representaram,

42 OLIVEIRA, R. P. Airline financial distress and its impacts on airfares: An econometric model of the dynamic effects of a bankruptcy filing followed by an acquisition. 2017. 120 f. Dissertação de mestrado em Engenharia de Infraestrutura Aeronáutica – Instituto Tecnológico de Aeronáutica. São José dos Campos, 2017.

43 Considerando-se as empresas Varig, Rio Sul e Nordeste.

44 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Relatório Demanda e Oferta do Transporte Aéreo. Disponível em: [<https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/relatorio-demanda-e-oferta-do-transporte-aereo-empresas-brasileiras>]. Acesso em 16 de julho de 2020. Base de dados.

em 2018, 38,3% dos assentos comercializados registrados na ANAC e 86% dos assentos comercializados pela empresa naquele ano. Os passageiros das rotas em que a Avianca operou, mas não preencheram o requisito estabelecido de fluxo mínimo no ano, estão incluídos nos outros 61,7%. Esses registros representaram 14% das passagens da empresa em 2018, mas, individualmente, são pouco representativas e poderiam enviesar a análise, como explicado naquela seção.⁴⁵

A Tabela 2, abaixo, traz as variações percentuais no *yield* de janeiro de 2019 a março de 2020.

Tabela 2 - Variação do *yield*⁴⁶

Ano	Mês	Avianca	Não Avianca	Doméstico
2019	1	-0,9%	-3,5%	-2,2%
	2	13,0%	-3,3%	2,9%
	3	-1,0%	-8,4%	-5,5%
	4	53,5%	19,7%	31,1%
	5	55,5%	17,0%	29,5%
	6	59,5%	21,9%	34,3%
	7	22,9%	6,9%	12,5%
	8	10,0%	3,2%	5,3%
	9	8,3%	5,7%	6,0%
	10	14,5%	9,6%	11,2%
	11	-8,6%	-5,5%	-6,8%
	12	-7,4%	-3,5%	-5,1%

45 AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL - ANAC. Base de Dados Estatísticos do Transporte Aéreo. Disponível em: [https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/base-de-dados-estatisticos-do-transporte-aereo]. Acesso em 16/7/2020.

46 A coluna "Avianca" indica a variação percentual do *yield* médio do grupo de rotas que era operado pela empresa. A coluna "Não Avianca" representa a variação percentual do *yield* médio das rotas que não se enquadraram como tal. A coluna "Doméstico" representa a variação do *yield* médio doméstico, que envolve todas as rotas, independente da classificação, nos meses indicados. Os critérios para classificação e comparação estão descritos da seção de metodologia.

2020	1	-5,4%	-4,5%	-5,0%
	2	-9,2%	-2,7	-5,3%
	3	-11,1%	-9,7%	-10,4%

Fonte: ANAC - Microdados de Tarifas Aéreas Domésticas - elaboração própria

Tendo em conta que abril de 2019 foi o primeiro mês sem o registro de tarifas da Avianca, pode ser observado que, para todos os meses dali até outubro de 2019, houve aumento no valor do *yield* doméstico. Nas rotas “Avianca”, os aumentos foram maiores para todos esses meses. Durante os primeiros cinco meses, os aumentos nessas rotas chegaram a ser de 1,7 a 2,3 vezes maiores.

Passados os sete meses de aumento, tanto o *yield* médio doméstico quanto as médias dos grupos passaram a apresentar queda em relação aos mesmos meses do ano anterior⁴⁷. É interessante notar que, inclusive no período de queda, as variações das rotas Avianca também se mostraram maiores do que as das rotas Não Avianca.

O decréscimo do valor do *yield* após o período de alta ocorreu também no caso analisado por Oliveira⁴⁸. Na ocasião, segundo o autor, essa queda pode ter sido resultado dos ganhos de eficiência da fusão e da entrada da Azul no mercado.

No caso da Avianca, não há que se falar em ganhos de eficiência de fusão, pois se trata de um caso de falência e não de incorporação. Tampouco se verificou a entrada de uma nova empresa no mercado. Um dos fatores que pode ter contribuído para a queda nos preços é a distribuição dos slots daquela empresa no Aeroporto Deputado Freitas Nobre (Congonhas), em São Paulo, pela ANAC em setembro de 2019. Entretanto, dadas as limitações do presente estudo, não é possível atribuir qualquer fator de causalidade, restando apenas a sugestão para que o seja feito em trabalhos futuros.

47 Lembrando que, como destacado na seção de metodologia, devido à sazonalidade dos dados, não é adequado comparar o valor de um mês para o outro, mas com o mesmo mês do ano anterior.

48 OLIVEIRA, R. P. *Airline financial distress and its impacts on airfares: An econometric model of the dynamic effects of a bankruptcy filing followed by an acquisition*. 2017. 120 f. Dissertação de mestrado em Engenharia de Infraestrutura Aeronáutica - Instituto Tecnológico de Aeronáutica. P. 105 e 106. São José dos Campos, 2017.

Conclusão

Este trabalho buscou identificar a variação no Yield Tarifa Aérea Médio doméstico nos meses subsequentes à paralisação das operações da Avianca, comparando as variações nesse indicador referente às rotas operadas pela empresa com as variações das demais rotas.

O mercado de transporte aéreo, apesar de concentrado, tem um potencial competitivo, que pode levar a um tipo de competição bastante acirrada. É normal que haja, nesse ambiente, uma rotatividade de empresas, com ciclos de entrada e saída.

A Avianca iniciou suas operações em 2003 e foi galgando seu espaço até se tornar a quarta maior empresa do mercado e atingir pouco mais de 13% de participação. Mesmo nos anos de encolhimento do setor, a empresa expandiu suas operações, sem, contudo, ter contrapartidas em seus resultados financeiros. Em 2019, suas operações foram encerradas, tendo sua falência decretada em 2020.

Nos meses seguintes à sua saída, os preços do mercado doméstico em geral aumentaram. O *yield* doméstico teve elevação próxima aos 30% em cada um dos primeiros três meses. Nas rotas em que a empresa atuava, os aumentos foram ainda mais expressivos, chegando a 59,5% no terceiro mês. Comparadas com as demais, as variações nessas rotas foram entre 1,7 e 2,3 vezes maiores. No entanto, após sete meses de aumentos, o *yield* voltou a cair. Também no período de queda, as rotas Avianca apresentaram intensidade maior do que as demais.

Apesar dos aumentos verificados no *yield*, não é possível afirmar, com base apenas no escopo deste trabalho, que a saída da Avianca do mercado tenha sido sua causa ou seu fator preponderante. Este estudo limitou-se a apresentar as variações ocorridas nos *yields* médios domésticos, comparando as rotas operadas pela empresa das demais. Como a determinação dos preços depende de vários fatores, como PIB, demanda, custos operacionais, além da presença de determinada empresa em uma rota, sugere-se, para o futuro, a confecção de estudo que avalie o impacto dessas variáveis concomitantemente na determinação dos preços.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL - ANAC. Base de Dados Estatísticos do Transporte Aéreo. Disponível em: [<https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/base-de-dados-estatisticos-do-transporte-aereo>]. Acesso em 16/7/2020. Base de dados.

_____. Descrição das variáveis dos dados estatísticos. Disponível em [<https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/descricao-de-variaveis>]. Acesso em 6/8/2020.

_____. Anuário do Transporte Aéreo. Disponível em [<https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-de-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo/anuario-do-transporte-aereo>]. Acesso em 8/8/2020.

_____. Metodologia de Acompanhamento das Tarifas Aéreas Domésticas. Disponível em [<https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/tarifas-aereas-domesticas-1/metodologia-de-acompanhamento-das-tarifas-aereas-domesticas>]. Acesso em 18/7/2020.

_____. Microdados de tarifas aéreas comercializadas. Disponível em [<https://www.anac.gov.br/assuntos/dados-e-estatisticas/microdados-de-tarifas-aereas-comercializadas>]. Acesso em 16 de julho de 2020. Base de dados.

_____. Portaria nº 2.923/SAS, de 27 de outubro de 2016. Disponível em [<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/portarias/portarias-2016/portaria-no-2923-sas-27-10-2016>]. Acesso em 17/7/2020.

_____. Relatório Demanda e Oferta do Transporte Aéreo. Disponível em: [<https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/relatorio-demanda-e-oferta-do-transporte-aereo-empresas-brasileiras>]. Acesso em 16 de julho de 2020. Base de dados.

_____. Relatório Tarifas Aéreas Domésticas, 4º trimestre de 2019. Disponível em [<https://www.anac.gov.br/assuntos/setor-regulado/empresas/envio-de-informacoes/tarifas-aereas>].

domesticas-1/relatorio-de-tarifas-aereas-domesticas-nacional]. Acesso em 16 de julho de 2020.

_____. Resolução nº 140, 9 de março de 2010. Disponível em [<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2010/resolucao-no-140-de-09-03-2010#:~:text=Ementa%3A,servi%C3%A7os%20de%20transporte%20a%C3%A9reo%20regular>]. Acesso em 17/7/2020.

_____. Resolução nº 191, de 16 de junho de 2011. Disponível em [<https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2011/resolucao-no-191-de-16-06-2011>]. Acesso em 17/7/2020.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS -ANP. Preços de produtores e importadores de derivados de petróleo. Disponível em [<http://www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorrenca/precos/precos-de-produtores>]. Acesso em 27/7/2020. Base de dados.

BANCO CENTRAL DO BRASIL – BCB. Séries Temporais. Disponível em: [<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>]. Acesso em 27/7/2020. Base de dados.

BAUMOL, W. J. Contestable Markets: An Uprising in the Theory of industry structure. The American Economic Review. V. 72. N. 1. P. 1-15. 1982.

BRASIL. Decreto nº 8.008, de 15 de maio de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8008.htm]. Acesso em 3/8/2020.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 135, de 2011. Disponível em: [<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2011/decretolegislativo-135-26-maio-2011-610678-convencao-132613-cn.html>]. Acesso em: 3/8/2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Análise de Atos de Concentração Horizontal (guia). Disponível em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view]. Acesso em 16 de julho de 2020.

_____. Departamento de Estudos Econômicos. Mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas - 2017. Disponível em [<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Cadernos%20do%20Cade>]. Acesso em 13 de julho de 2020.

GILLEN, D. Airline Business Models and Networks: Regulation, Competition and Evolution in Aviation Markets. *Review of Network Economics*, v. 5, n. 4, p. 366-385, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Contas Nacionais Trimestrais. Disponível em [<https://sidra.ibge.gov.br/Tabela/1621>]. Acesso em 6/8/2020. Base de dados.

OLIVEIRA, A. V. M. Transporte aéreo: Economia e Políticas Públicas. São Paulo: Pezco, 2009.

OLIVEIRA, R. P. Airline financial distress and its impacts on airfares: An econometric model of the dynamic effects of a bankruptcy filing followed by an acquisition. 2017. 120 f. Dissertação de mestrado em Engenharia de Infraestrutura Aeronáutica - Instituto Tecnológico de Aeronáutica. São José dos Campos, 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU. Acórdão nº 346/2008 Plenário. Disponível em [www.tcu.gov.br]; Acesso em 18/7/2020.

VASIGH, B.; FLEMING, K.; TACKER, T. Introduction to Air Transport Economics: From Theory to Application. 2ª Ed. Nova York: Routledge, 2013.

Análise da Concentração de Mercado na Revenda de Gasolina nos Municípios Brasileiros

Fernando Daniel Franke¹
Roxeli Lalla Rosa²

RESUMO

O objetivo desse trabalho é levantar os índices de concentração de mercado na revenda de gasolina em todos os municípios brasileiros. Para esse estudo, cada município foi definido como um mercado relevante na dimensão geográfica, enquanto a revenda no varejo de gasolina C comum foi definida como mercado relevante na dimensão produto. Esse levantamento emprega uma metodologia que utiliza como parâmetro exclusivo para cálculo da concentração o número de estabelecimentos e sua composição societária e administrativa. Os resultados obtidos evidenciam que esse mercado possui um grau de concentração bastante elevado, especialmente em municípios menores. Com base na metodologia utilizada, verificou-se que cerca de 62% dos municípios possui um mercado altamente concentrado ($HHI > 2.500$), sendo que em cerca de 19% dos municípios, esse mercado é monopolizado.

Palavras-chave: Concorrência; Gasolina; Concentração de Mercado; Postos de Revenda de Combustíveis; Redes.

ABSTRACT

The aim of this work is to identify the concentration indexes of gasoline resale market in all Brazilian municipalities. For this study, we defined each municipality as the relevant market from a geographic perspective, while the retail sales of common

1 Especialista em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade. E-mail: fer.franke@gmail.com

2 Especialista em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade. E-mail: roxeli@gmail.com

gasoline type C were defined as the relevant market from a product perspective. This work employs a methodology that uses as an exclusive parameter of concentration the number of gas stations and its shareholding and management composition. The results show that this market has a remarkably high concentration level, especially in smaller municipalities. Based on the methodology, about 62% of the municipalities have a highly concentrated market ($HHI > 2,500$), and in about 19% of the municipalities, this market is monopolized.

Keywords: Competition; Gasoline. Market Concentration. Gas Stations. Networks.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Revisão da Literatura*; 3. *Metodologia*; 3.1 *Estrutura e Grau de Concentração de Mercado*; 3.2 *Limitações da Metodologia*; 4. *Resultados e Discussão*; 5. *Conclusão*; *Referências Bibliográficas*.

1. Introdução

O mercado brasileiro de revenda de combustíveis tem sido objeto de atenção especial por parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) ao longo das últimas décadas. Nesse período, foram analisados e julgados dezenas de casos envolvendo empresas desse setor, tendo como objeto fusões e aquisições e, principalmente, condutas anticompetitivas, especialmente a prática de cartéis.

Além disso, a revenda de combustíveis e derivados de petróleo é o setor com maior número de denúncias de prática de cartel (SDE, 2009). Efetivamente, dezenas de denúncias de práticas anticompetitivas no mercado de varejo de combustíveis chegam ao Cade todos os anos.

São diversos os fatores que fazem com esse mercado seja mais propício para práticas colusivas, tais como: elevadas barreiras de entrada, homogeneidade do produto, estruturas de custos semelhantes, disponibilidade de informações sobre preços, baixa elasticidade da demanda, além da atuação ativa de sindicatos e associações desse setor visando uniformização e coordenação das condutas comerciais de seus filiados.

No entanto, por mais que este setor seja problemático do ponto de vista da conduta dos agentes, nem todos os problemas do setor

são derivados de questões decorrentes de cartelização. Conforme detalhado em Cade (2018), há aspectos de caráter geral, regulatório e tributário que poderiam ser aperfeiçoados no intuito de elevar o nível de rivalidade do setor, reduzindo a possibilidade de práticas colusivas.

Um desses aspectos especificados em Cade (2018) diz respeito ao fornecimento de informações aos consumidores do nome do revendedor de combustível, de quantos postos o revendedor possui e a quais outras marcas está associado.

O problema gerado por essa lacuna de informações é que o consumidor não consegue identificar qual posto concorre com qual posto, uma vez que um mesmo proprietário ou um mesmo grupo societário podem possuir diversos postos, de diversas marcas. Pode ocorrer ainda de diferentes grupos societários possuírem intersecções societárias e administrativas (sócios e administradores em comum), fazendo com que deixem de ser agentes autônomos e independentes entre si. Assim, por mais que existam diversos postos, de diversas marcas e bandeiras, pode ocorrer que, na prática, a concorrência seja muito inferior àquela esperada pelo consumidor, dando a impressão de que diferentes postos combinam preços, embora, na realidade, o que ocorre é uma ausência de concorrência relacionada à concentração de mercado.

Esse pode ser, inclusive, um dos motivos que contribui para que a maioria das denúncias de cartel relacionadas a esse mercado acabe sendo arquivada pelo Cade, sendo comum, nesses casos, a ausência de evidências suficientes para comprovar a existência de ilícitos concorrenciais.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende apresentar um mapa da concentração de mercado na revenda de gasolina, utilizando o recorte municipal como dimensão geográfica de mercado relevante.

Para atingir esse objetivo, foi feito um cruzamento de bases públicas da Agência Nacional do Petróleo e Biocombustíveis (ANP) e da Receita Federal do Brasil (RFB) no intuito de identificar a composição societária e administrativa de todos os 40.353 postos revendedores, para, com isso, estabelecer relacionamentos decorrentes de intersecções societárias e administrativas entre os postos.

Assim, utilizando como único parâmetro a composição societária e administrativa de cada posto, independentemente de

bandeira, marca ou nome do revendedor, obteve-se um retrato da concentração desse mercado nos municípios brasileiros. Trata-se, portanto, de uma concentração de mercado definida sob a ótica da propriedade dos postos e do poder decisório sobre a gestão de cada estabelecimento. Assim, outros aspectos relevantes que podem também afetar a concentração, como o número de distribuidoras e sua relação com os postos, a presença de sindicatos e entidades associativas, bem como a delimitação de mercados geográficos em áreas mais restritas, como bairros, no caso de municípios maiores, não foram levados em consideração no presente trabalho.

Ademais, a unidade de medida de concentração foi exclusivamente o número de postos e não o volume de combustível efetivamente comercializado por cada posto, uma vez que os dados de transações efetuadas por esses estabelecimentos não são públicos.

Dessa forma, para cada um dos municípios brasileiros que possuem postos de combustível autorizados pela ANP, foi calculado o Índice *Herfindahl-Hirschman* (HHI), que pode ser utilizado para o cálculo do grau de concentração dos mercados, conforme o Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade (Cade, 2016).

O presente trabalho divide-se em: esta introdução, três capítulos de desenvolvimento e conclusão. O primeiro capítulo trata da revisão da literatura, no qual são brevemente apresentadas as teorias que embasam o trabalho. O segundo capítulo detalha a metodologia empregada no levantamento do grau de concentração de mercado. Já no terceiro capítulo são detalhados os resultados das análises de concentração.

2. Revisão de literatura

A concentração de mercado é um aspecto muito relevante na análise da concorrência, pois concentração excessiva está associada a poder de mercado, que por sua vez, pode contribuir para a redução do bem-estar do consumidor.

O nexos causal entre o grau de concentração setorial, a capacidade de exercer poder de mercado e o desempenho das firmas é definido pela teoria da Estrutura-Condução-Desempenho (ECD) (Carlton e Perloff, 2005). Essa teoria defende que há uma causalidade de mão única indo da estrutura industrial (concentração das firmas) para a condução (preços) e para o desempenho (lucratividade, inovação)

das mesmas (Cade, 2014b).

No intuito de avaliar a estrutura de determinado mercado, é necessário mensurar o seu nível de concentração. Para isso, é preciso lançar mão de indicadores de concentração, os quais facilitam uma intuição ao utilizarem dados objetivos para aferir a concorrência em determinado mercado (Polder et al., 2009).

A literatura apresenta uma diversidade de indicadores para mensurar a concentração de mercado. No entanto, para o presente trabalho se utilizou o Índice *Herfindahl-Hirschman* (HHI), que é o índice utilizado no Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade. Ademais, conforme Cade (2014b), “o HHI é o índice mais utilizado pelas autoridades antitruste”.

O HHI indica o número e o tamanho das firmas em um setor ou mercado e é calculado com base no somatório do quadrado das participações de mercado de todas as empresas de um dado mercado. Ele pode variar de 0 (concorrência perfeita) a 10.000 (monopólio).

Conforme Cade (2014a), o Cade vem adotando como unidades de medida de concentração no mercado de revenda de combustíveis o número de postos e o volume de combustível comercializado. Utilizando essas variáveis a autoridade busca verificar, dependendo do caso, o poder de influência de um sindicato ou associação (quantidade de postos associados), a participação de mercado de uma rede de postos de combustível (por volume de vendas ou número de postos) e a participação de mercado de uma distribuidora (número de postos filiados a uma bandeira ou quantidade de combustível vendido por uma distribuidora em um determinado mercado geográfico).

Ainda conforme Cade (2014a), a avaliação criteriosa dos elementos envolvidos na análise de concentração desse mercado também permitiu ao Cade, não raras vezes, identificar altas concentrações nesses mercados, contrariando a visão de que comércio varejista de combustíveis seria um mercado com grande número de concorrentes, onde estes, individualmente, não teriam poder de mercado suficiente para influenciar preços ou adotar condutas anticompetitivas unilaterais.

Cade (2014a) afirma ainda que dentre os fatores estruturais de extrema relevância para determinar os níveis de concentração no mercado de revenda de combustíveis consta a presença de

grandes redes proprietárias de postos de combustíveis. Conforme esse estudo, a presença dessas redes pode determinar uma alta concentração de mercado. Como exemplo, foi citado o caso do Distrito Federal, onde se verificou que duas redes concentravam 40% dos postos da região, na época da investigação do cartel de combustíveis.

Ocorre que nem sempre a presença dessas grandes redes é percebida pelo consumidor ou mesmo pela autoridade antitruste. Muitas vezes essas redes podem não estar estruturadas formalmente sob o manto de uma única empresa. Ao analisarmos a composição societária e administrativa dos estabelecimentos e das redes formalmente constituídas verificamos que há um grande número de intersecções societárias, de modo que redes ou postos que aparentemente são concorrentes, na prática podem não estar efetivamente competindo entre si, pois possuem sócios ou administradores (e interesses) em comum. Em função disso, o presente estudo se propõe a mapear, de forma abrangente, essas situações, lançando luz sobre esse aspecto relacionado à concentração existente nesse mercado.

Uma etapa relevante na análise da concentração é a delimitação do mercado relevante, sendo utilizada para a avaliação de casos em diversas jurisdições, como no Brasil, na Europa e nos EUA. Esta importância está relacionada à síntese de informações que a delimitação do mercado traz sobre a concorrência (Cade, 2010).

Cade (2014a) afirma, que:

A definição de mercado relevante visa identificar o conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores que poderiam limitar, efetivamente, as decisões referentes a preços e quantidades de outra empresa atuante em um determinado segmento de mercado.

O mercado relevante é determinado, normalmente, em termos de duas dimensões: dimensão produto e dimensão geográfica.

Conforme Cade (2014a), para casos envolvendo postos de gasolina, o mercado relevante na dimensão do produto tem sido definido pelo Cade como mercado de revenda de combustíveis no varejo, uma vez que este serviço não possui substituto e sua prestação requer autorização da ANP.

Ademais, como a maioria dos casos analisados com essa definição diz respeito a denúncias de condutas no mercado de revenda de gasolina tipo C comum (Cade, 2014a), o mercado relevante na

dimensão produto objeto do presente estudo foi definido como sendo a revenda de combustíveis automotivos – gasolina tipo C Comum.

Quanto a dimensão geográfica, nas análises de Atos de Concentração, o Cade tem adotado como dimensão geográfica do mercado relevante, via de regra, a área do município, quando sua população é inferior a 200 mil habitantes, e a um bairro ou grupo de bairros, em municípios com populações maiores (Cade, 2014a). Dada a abrangência do presente trabalho e buscando uma simplificação das análises, a dimensão geográfica utilizada foi exclusivamente a área do município, independentemente da população municipal.

3. Metodologia

3.1. Estrutura e Grau de Concentração de Mercado

Os postos de combustíveis, também denominados de revendedores varejistas de combustíveis, são pessoas jurídicas autorizadas para o exercício da atividade de revenda varejista de combustível automotivo. O revendedor pode possuir ou não um contrato de exclusividade com a distribuidora. Caso o tenha, o posto é caracterizado pela exibição de uma marca e é chamado de “bandeirado”. Quando não há contrato de exclusividade e marca, o posto é chamado de “bandeira branca” (Cade, 2014a).

O primeiro passo para se levantar o grau de concentração desse mercado nos municípios consiste em identificar todos os postos que compõem cada mercado. As informações completas referentes aos postos podem ser obtida facilmente a partir da base de postos autorizados da Agência Nacional do Petróleo e Biocombustíveis (ANP) disponibilizada em: <https://postos.anp.gov.br>. A referida base apresenta dados como CNPJ, razão social, endereço e bandeira de todos os postos autorizados. Conforme essa base, existem 40.353³ postos revendedores autorizados operando em 5.472 municípios brasileiros (dados de 20 de dezembro de 2019).

3 No intuito de restringir a análise ao abastecimento de gasolina voltado para o transporte terrestre, foram considerados apenas os postos do tipo “Revendedor”, não sendo considerados os do tipo “Abastecimento”, “GNV”, “Escola”, “Flutuante”, “Aviação” e “Marítimo”.

Nasequênciafoilevantadaacomposição societária e administrativa de cada posto revendedor. Para isso, foi necessário utilizar a base de dados abertos do CNPJ da Receita Federal (<http://receita.economia.gov.br/orientacao/tributaria/cadastros/cadastro-nacional-de-pessoas-juridicas-cnpj/dados-publicos-cnpj>), a qual apresenta o Quadro de Sócios e Administradores (QSA) de todas as empresas registradas no Brasil. A data de referência para essa base foi a de novembro de 2019. Essa base apresenta, dentre outros, os dados das empresas, como CNPJ, bem como os dados de todos os seus sócios e administradores, como nome completo e CPF⁴ ou CNPJ, no caso de pessoa jurídica. Trata-se de uma base bastante extensa, que apresenta um total de 42.484.599 CNPJs registrados.

A etapa seguinte consiste em fazer o cruzamento de ambas as bases. Esse cruzamento permite identificar os sócios e administradores, por meio de nome e CPF ou CNPJ, de todos os postos revendedores de combustível autorizados pela ANP, identificados por meio de seu CNPJ.

A partir desse cruzamento foi possível levantar, no nível de município, todos os estabelecimentos que possuem ao menos um sócio ou administrador em comum, constituindo as denominadas redes de postos de combustíveis. Utilizou-se o critério de que a existência de ao menos um sócio ou administrador em comum caracterizaria um elo entre dois estabelecimentos. Assume-se assim que, nesses casos, ambos os estabelecimentos deixem de agir como agentes completamente autônomos e apresentem algum grau de coordenação nas suas estratégias de definição de preços e quantidades.

Embora não seja muito comum nesse mercado, há casos em que se tem sócios ou administradores pessoa jurídica. Nesses casos, para a presente análise, considerou-se a composição societária e administrativa dessa pessoa jurídica. Caso essa pessoa jurídica também possua uma pessoa jurídica na sua composição societária ou administrativa, considerou-se também a composição dessa pessoa jurídica. Procedeu-se dessa forma até o terceiro nível, abaixo do qual não se levou mais em consideração a composição societária e administrativa da pessoa jurídica, uma vez que nesses casos a influência na gestão da empresa principal por parte desses

4 O CPF é apresentado de forma parcial, do quarto ao nono dígito.

sócios e administradores é indireta e tende a ser muito reduzida. Mas, conforme já destacado, como essa situação não é a regra para esse mercado, essa escolha em pouco impacta os resultados e as conclusões do presente estudo.

Importa mencionar que não seria possível fazer uma análise de concentração de mercado sem analisar a composição societária dos estabelecimentos. A identificação dos grupos societários não é possível através de mera análise dos CNPJs, por exemplo. O CNPJ é composto de 14 dígitos sendo que os oito primeiros formam o número de inscrição (radical), que é idêntico para a matriz e todas as filiais, o que possibilita a identificação das empresas constituídas sob esse tipo de vínculo. No entanto, não necessariamente as empresas de um mesmo grupo societário estão constituídas sob a forma de matriz e filiais, o que inviabiliza esse tipo de levantamento pela análise dos CNPJs.

O que se poderia questionar é se o critério adotado no presente trabalho, de que a mera existência de um único sócio em comum caracterizaria um elo societário entre dois estabelecimentos, seria muito restritivo. Porém, deve-se observar que vinculações societárias minoritárias passivas também são objeto de preocupação da autoridade antitruste. As participações em empresas rivais são consideradas ativas quando garantem ao acionista o controle ou influência relevante na empresa, ou passivas, quando garantem apenas a participação nos resultados, bem como acesso a documentos e dados contendo, por exemplo, informações concorrencialmente sensíveis. Dessa forma, optou-se por não levar em consideração o tipo de vinculação societária, uma vez que toda vinculação gera preocupações concorrenciais a ponto de se poder supor que é elevada a probabilidade de redução do grau de concorrência, rivalidade e independência entre as empresas com participações em rivais, ainda que minoritárias e passivas.

A título de exemplo da preocupação gerada pelas vinculações passivas, tem-se o caso do processo nº 08012.006653/2010-55, em que o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo relata a preocupação gerada por participações dessa natureza sobre a concorrência:

[...] Os estudos sobre o tema e a jurisprudência deste Conselho destacam a existência de duas classes de efeitos concorrenciais decorrentes deste tipo de vinculação societária passiva entre concorrentes. Os primeiros são (i) efeitos unilaterais, que se relacionam à possibilidade de redução dos incentivos para que

as empresas concorram efetivamente no mercado. Os segundos são (ii) efeitos coordenados e dizem respeito à possibilidade de algum tipo de colusão ou coordenação (ainda que tácita e mesmo que eventualmente lícita) entre as empresas, decorrente da participação minoritária de uma na outra. O tema é de extrema importância, porque participações societárias, ainda que minoritárias, em rivais, podem alterar o jogo de incentivos entre os players no mercado, reduzindo, dessa forma, o grau de independência entre os agentes, mesmo que não haja, entre eles, relação de controle ou de subordinação de qualquer espécie. Assim, o ponto crucial, no âmbito da análise do mérito de operações de concentração em que estejam envolvidas participações minoritárias dessa ordem, é a alteração provocada por elas nas relações de concorrência entre as empresas, à luz dos elementos de fato concretos pertinentes ao caso em exame. E tais alterações podem ocorrer, repito, mesmo que não haja relação de controle ou subordinação decorrente do vínculo societário em análise, ou seja, mesmo que a participação em questão seja simplesmente passiva e independentemente de ser ela, no caso, suficiente para gerar vínculos de grupo societário entre as partes. [...] (Cade, 2012a).

Convém mencionar, ainda, que a Resolução nº 02/2012 do Cade define como grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos relacionados aos critérios de notificação de atos de concentração ao Cade, as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo, e aquelas em que tais empresas detenham ao menos 20% do capital social ou votante. No entanto, considerando as preocupações concorrenciais advindas de vinculações societárias minoritárias passivas e também o fato de que não se tem nas bases utilizadas os dados referentes ao controle e ao percentual de capital social ou votante que cada sócio detém, optou-se pelo critério de vinculação mais restritivo.

A base do CNPJ engloba tanto o conjunto de sócios, quanto o conjunto de administradores das empresas. Para a presente análise não se fez qualquer distinção entre essas duas categorias. Atualmente, a legislação brasileira não veda a existência de administradores em comum entre empresas concorrentes, desde que estes não atuem de forma a impedir ou dificultar a concorrência. No entanto, já houve expressa proibição a essa prática na antiga legislação antitruste - Lei 4.137/1962 (CARBONAI, 2017). Entretanto, ainda que não seja vedada, a interligação de empresas concorrentes via identidade de administradores ou diretores, conhecida pela doutrina antitruste como *interlocking directorates*, traz preocupações concorrenciais

relevantes.

Conforme SANTOS (2007), estudos econômicos mostram que a interligação administrativa entre empresas concorrentes pode ser um bom indicativo da redução da concorrência em um dado mercado.

Já RODRIGUES (2015), ao analisar o impacto dessa prática sobre a concorrência, afirma que:

[...] Há incentivo à redução da concorrência entre os agentes interligados na medida em que o interlocking facilita a troca de informações sensíveis (tais como capacidade ociosa, projetos de expansão, planos de aumentar ou baixar preços e quantidades ofertadas, listas de fornecedores e clientes, introdução de novos produtos, dentre outros), permite a intervenção nas decisões empresariais da sociedade, reduz os incentivos que as empresas interligadas têm para concorrer entre si, bem como tende a gerar uniformidade de estratégias comerciais entre as empresas interligadas. [...]

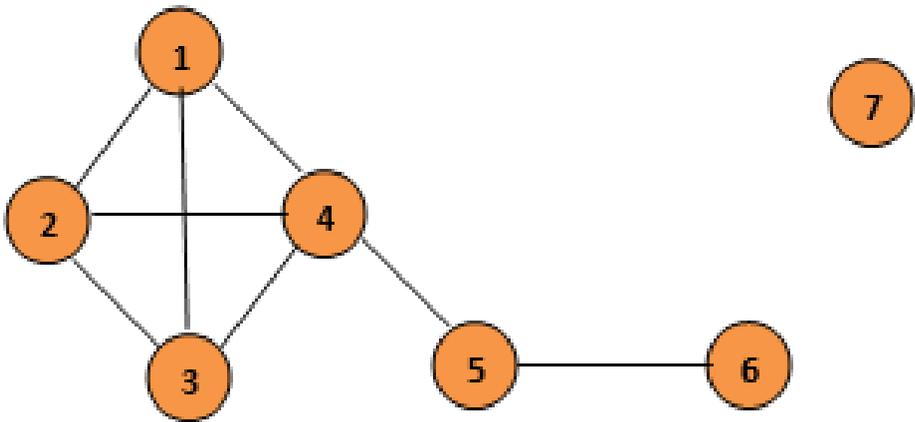
Assim, considerando os objetivos do estudo, optou-se por não conferir tratamento distinto a sócios e a administradores na presente análise, uma vez que a participação societária em concorrentes e o *interlocking directorates* podem acarretar em impactos potenciais semelhantes sobre a concorrência.

No que se refere à aplicação da teoria de redes para a presente análise, são necessários alguns esclarecimentos. Uma rede é um conjunto de vértices (ou nós) que se conectam entre si por meio de arestas (ou conexões). No presente trabalho, cada posto foi considerado como um nó da rede. As conexões (arestas) dessa rede representam a existência de sócios ou administradores em comum entre os postos. Assim, os postos que possuem ao menos um sócio ou administrador em comum estão conectados por meio de uma aresta, que é ponderada pelo número de sócios e administradores que ela representa. Já os postos que não compartilham sócios ou administradores, aparecem de forma desconectada na rede.

Na Figura 1 tem-se a representação visual de um exemplo de mercado de postos de gasolina, com base na metodologia proposta. Nesse mercado, os postos 1, 2, 3 e 4 possuem todos eles três sócios ou administradores em comum. Adicionalmente, o posto 4, possui um sócio ou administrador em comum com o posto 5 que, por sua vez, possui um sócio ou administrador em comum com o posto 6. Conforme a metodologia utilizada, esses seis postos constituem

uma única rede, e serão considerados como um único agente para fins de verificação do nível de concentração. Já o posto 7, não está conectado nessa rede, indicando que sua composição societária e administrativa não possui intersecção com a composição dos demais postos. Para esse mercado hipotético, conforme a metodologia utilizada, há apenas dois agentes (a rede com os seis postos e o posto 7), ainda que o número de postos (ou mesmo o número de empresas e marcas/bandeiras) seja maior.

Figura 1 - Representação visual de um mercado de postos de combustível, aplicando o conceito de redes.



Fonte: Elaboração própria.

Para fazer todo esse processamento aplicando a Teoria de Redes foi desenvolvido um *script* no *software* estatístico R. Esse *script* foi responsável por fazer os cruzamentos das bases e construir as matrizes de adjacência para cada um dos 5.472 mercados analisados.

A análise foi realizada para todos os municípios nos quais havia postos de combustíveis autorizados pela ANP, tendo como referência a data de 20 de dezembro 2019. Conforme esses dados, apenas 98 municípios (1,76% do total de municípios brasileiros) não possuíam nenhum posto de combustíveis autorizados. Isso demonstra a abrangência e capilaridade, bem como o caráter local desse tipo de mercado e ajuda a fundamentar a tese de que o mercado relevante geográfico para esse setor não avança para muito além dos limites municipais.

Uma vez levantada toda a estrutura de postos de combustível existente em cada um dos municípios foi possível fazer o cálculo do HHI para esse mercado em todos os municípios. Como não são

públicos os dados relacionados ao volume de vendas de cada um dos estabelecimentos, foi necessário fazer uma simplificação no cálculo do HHI sem utilizar essa variável. Assim, considerou-se que o *market share* de cada grupo societário é proporcional ao número de postos de combustível que compõem a sua rede, ao invés de utilizar o seu volume de vendas, conforme já antecipado. Ressalta-se que a utilização do número de estabelecimentos como parâmetro para estimação do nível de concentração é, muitas vezes, adotada pelo Cade quando as informações referentes ao volume de vendas não estão disponíveis. Dessa forma, o cálculo do HHI foi baseado na expressão abaixo:

$$HHI_{municipal} = 1000 * \sum_{i=1}^n \left(\frac{\text{número de postos do agente}_i}{\text{número total de postos do município}} \right)^2$$

Onde:

n =número de agentes do município (postos isolados e redes de postos formadas por grupos societários que possuem sócios ou administradores em comum);

i = i -ésimo agente do mercado

Para o cálculo dos HHIs, novamente foi utilizado o *software* estatístico R.

3.2. Limitações da Metodologia

É necessário ressaltar que há algumas limitações referentes à metodologia adotada, a saber:

- Conforme já detalhado, quando há um sócio ou administrador em comum entre dois estabelecimentos, computou-se esses estabelecimentos como sendo uma *single entity*. Esta hipótese pode ser restritiva demais, já que é possível que duas empresas que tenham um sócio comum, mas minoritário (com 5% de cotas, por exemplo), talvez atuem não como um monopólio, mas como duas concorrentes, com elevada rivalidade. Ou seja, aqui há o uso de uma *proxy*, que pode não ser realista. No entanto, conforme já discutido, trata-se de um critério adotado por dois motivos: 1) restrições das bases de dados disponíveis; 2) participações societárias em concorrentes, ainda que minoritárias e passivas, e *interlocking directorates* geram preocupações concorrenciais relevantes a ponto de se

poder supor que haverá um grau de concorrência, rivalidade e independência significativamente inferior àquele que seria de se esperar de rivais plenos. Ademais, foi feita uma comparação considerando como critério para caracterização de uma *single entity* a ocorrência de total sobreposição do quadro de sócios e administradores e verificou-se que não houve mudanças muito significativas nos resultados para a maioria dos municípios.

- Ainda que exista a percepção de que a metodologia utilizada seja talvez uma *proxy* muito forte ao analisar as intersecções societárias e administrativas, há que se atentar que, por outro lado, este tipo de análise desconsidera uma série de outras variáveis, como vínculos familiares, por exemplo. Mesmo tendo sócios com CPFs distintos, eventualmente, um grupo familiar pode possuir todos os postos revendedores de um mesmo município, sem que essa situação seja identificada por meio da presente metodologia. Ou seja, ela não irá aparecer como sinal de concentração de mercado no exercício que ora se apresenta. Para fazer esse tipo de análise seria necessária uma base confiável de vínculos familiares. Não foi identificada nenhuma base pública com essas características.
- Além disso, a base da RFB não possui as informações referentes aos CPFs relacionados a empresas constituídas sob algumas modalidades, tais como Microempreendedor Individual (MEI) e Empresário Individual (EI). Pela legislação vigente, não é permitido que um revendedor de combustível seja MEI, no entanto, não há esse tipo de vedação para EIs. Verificou-se que do total de postos de combustível autorizados, 2.943 são constituídos sob essa modalidade. Em função da ausência dos dados de CPF do proprietário dos postos de combustível constituídos nessa modalidade, pela metodologia utilizada, não é possível capturar a participação dessa pessoa física na composição societária e administrativa de outro estabelecimento de revenda de combustíveis. Logo, nos casos em que proprietários de postos de revenda da modalidade EI sejam sócios ou administradores de outros postos de revenda no mesmo município, ou então tenham mais de um posto no mesmo município, esse tipo de relacionamento entre firmas

não será capturado pela análise. Cumpre observar que essa limitação faz com que a concentração real possa ser superior à identificada pela presente análise. No entanto, como o número de postos constituídos na modalidade EI é baixo, apenas 7,29% do total, esse tipo de problema possui impacto limitado sobre os resultados do estudo.

- Conforme já destacado, utilizou-se como unidade de medida de concentração o número de postos, não havendo, portanto, mensuração do HHI em termos de volume comercializado. Trata-se de uma aproximação apenas do nível de concentração setorial. Tal aproximação tem fragilidades, já que talvez, um único posto de combustível pode, em teoria, vender 99% de tudo o que é consumido em um dado município: por mais que o referido município tenha 50 outros postos. Deste modo, em número de postos, o município pode ser desconcentrado, mas em termos de quantidade vendida, o município será extremamente concentrado. Como o estudo é baseado em HHI de número de postos, ele não é apto a captar as concentrações a partir de uma calibragem mais fina. Todavia, o estudo é apto, com as ressalvas já feitas, a dizer quando há apenas um agente no mercado, dois, três ou mais: o que por si só já é uma informação relevante. Ademais, conforme já mencionado, em análises envolvendo esse tipo de mercado, muitas vezes o Cade também utiliza essa unidade de medida de concentração. Além disso, em função da dificuldade de acesso a dados de volume de vendas, é comum a utilização desse tipo de *proxy* em estudos envolvendo análise de concentração.

4. Resultados e discussão

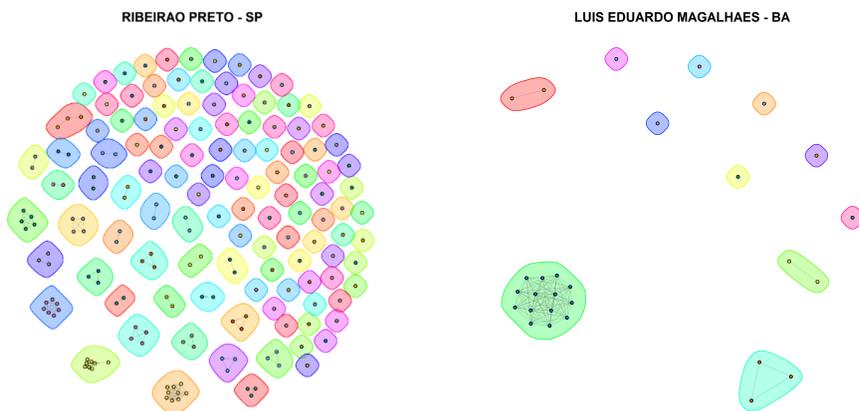
A primeira análise que pode ser feita é a inspeção visual dos gráficos resultantes do levantamento das composições societárias dos postos de combustíveis de cada um dos municípios. Uma análise expedita desses gráficos permite extrair diversas informações relevantes sobre a estrutura do mercado.

A Figura 2 traz o exemplo dos municípios de Ribeirão Preto/SP e de Luis Eduardo Magalhães/BA. Como pode ser observado, em Ribeirão Preto/SP o mercado possui um grande número de

postos de combustível. Esses estão representados graficamente como pontos. Da mesma forma, há um grande número de agentes: postos isolados e redes de postos que possuem ao menos um sócio ou administrador em comum. Esses, por sua vez, estão representados como áreas coloridas englobando um ou mais postos. As conexões (ou arestas) entre os pontos representam os sócios ou administradores em comum entre os postos. Por fim, torna-se fácil perceber que no caso desse município, o mercado apresenta um baixo grau de concentração. Essa constatação é confirmada por meio do valor calculado para o seu HHI, que ficou em 115.

Já o município de Luís Eduardo Magalhães/BA representa um exemplo de mercado com características opostas em termos de concentração. Naquele município há apenas 28 postos de combustível autorizados pela ANP. Esses postos são controlados por 11 agentes, sendo que apenas 1 agente (rede com 14 postos) controla a metade dos estabelecimentos. Há, ainda, 7 postos isolados, que não integram nenhuma rede; 2 redes de postos formadas por 2 postos cada uma; e uma rede com 3 postos. Percebe-se que, nesse município, o mercado apresenta elevado grau de concentração. Essa constatação é confirmada por meio do valor calculado para o seu HHI, que ficou em 2.806.

Figura 2 - Representação das estruturas dos mercados de revenda de combustíveis de Ribeirão Preto/SP e de Luis Eduardo Magalhães/BA.



Fonte: Elaboração própria.

No intuito de obter a mensuração quantitativa do grau de

concentração do mercado de combustíveis, foi calculado o HHI para cada um dos 5.472 municípios. A classificação do grau de concentração a partir do HHI foi feita com base nos parâmetros estabelecidos pelo Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE. Conforme o Guia, considera-se os mercados como:

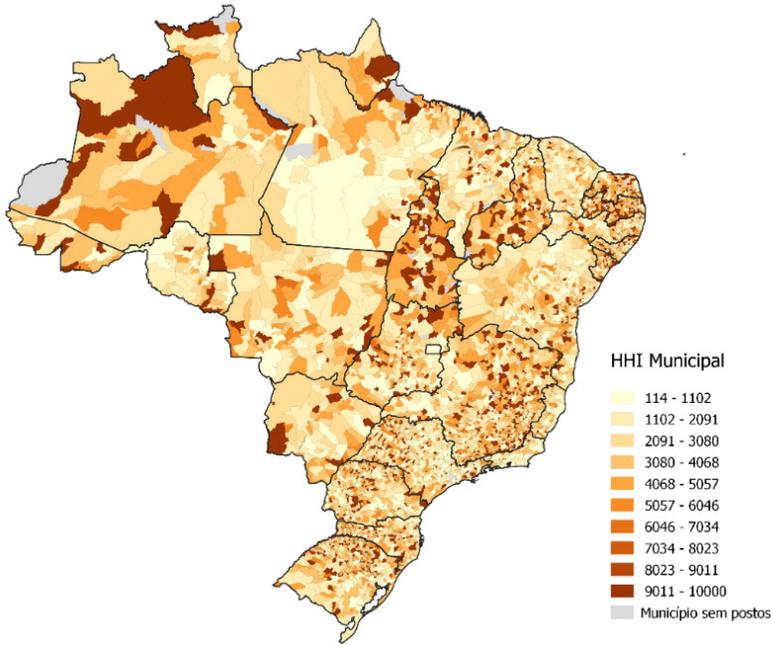
- (i) Mercados não concentrados: $HHI < 1.500$;
- (ii) Mercados moderadamente concentrados: $1.500 \leq HHI \leq 2.500$;
- (iii) Mercados altamente concentrados: $HHI > 2.500$.

Com base nos resultados, verifica-se que o grau de concentração de mercado na maioria dos municípios é bastante elevado. O número de municípios que possui um mercado altamente concentrado corresponde a 62,04% do total de municípios da análise. Enquanto 21,38% dos municípios da análise possui um mercado moderadamente concentrado e apenas 16,57% dos municípios analisados possuem um mercado não concentrado.

Para o caso em que se restringiu o critério para caracterizar a ocorrência de elos societários a situações em que houver total sobreposição de sócios e administradores, não houve alteração significativa dos resultados. Para esse cenário, o número de municípios altamente concentrados foi de 59,45% do total de municípios da análise. Enquanto 22,15% dos municípios foram considerados moderadamente concentrados, e apenas 18,40% não concentrados. Importa ressaltar que não foram utilizados os resultados decorrentes da aplicação desse critério no decorrer do presente trabalho, sendo que o seu cálculo foi feito apenas com intuito comparativo.

O mapa da Figura 3 apresenta a distribuição geoespacial dos mercados categorizados em função do valor do HHI. Percebe-se a existência de agrupamentos municipais com HHI elevado em regiões como Tocantins, Paraíba, Piauí, Rio Grande do Norte, norte de Minas Gerais e interior de estados da região amazônica.

Figura 3 - Distribuição geográfica dos municípios categorizados em função do HHI do mercado de revenda de combustíveis.

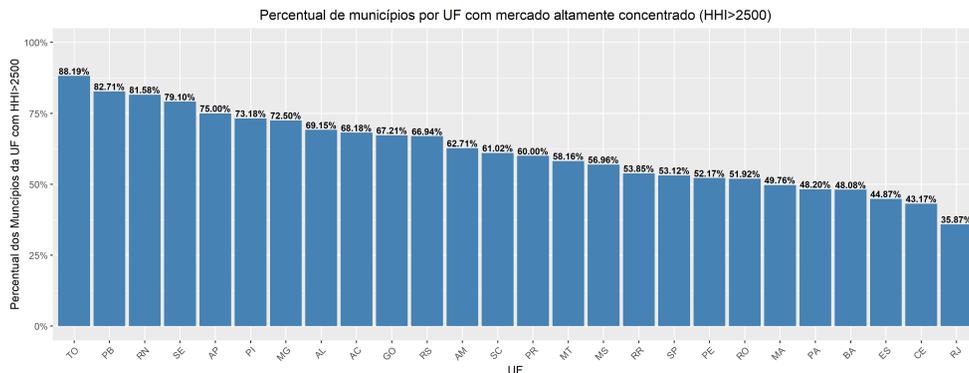


Fonte: Elaboração própria.

Conforme pode ser verificado na Figura 4, que representa o percentual de municípios por UF com mercado altamente concentrado, os estados de Tocantins e da Paraíba são os que apresentam maior número de municípios altamente concentrados, tendo respectivamente, 88,19% e 82,71% de seus municípios nessa situação.

Por outro lado, constata-se que os estados do Ceará e do Rio de Janeiro apresentam o menor número de municípios altamente concentrados, com 43,2% e 35,9%, respectivamente.

Figura 4 - Percentual de municípios por UF com mercado de revenda de combustíveis altamente concentrado (HHI>2500).

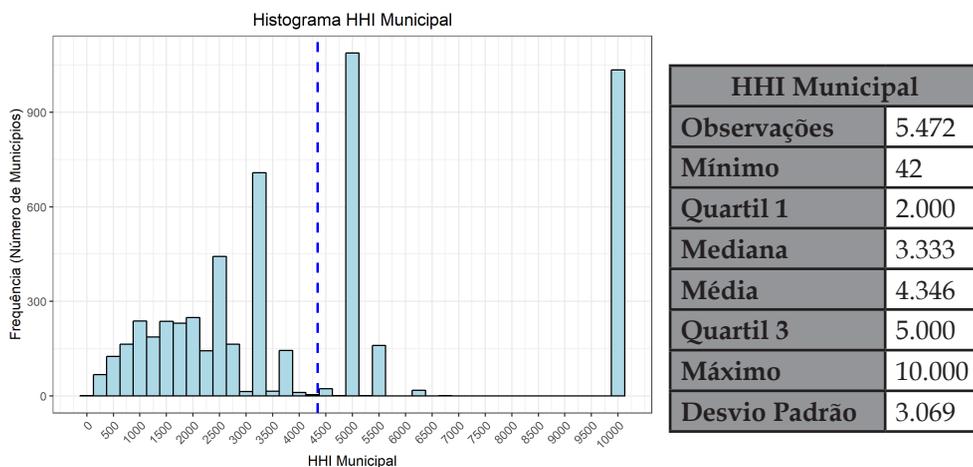


Fonte: Elaboração própria.

Na sequência foi levantada a estrutura de mercado para cada município, identificando os casos de monopólios, duopólios e triopólios. Conforme esse levantamento, 18,89% dos municípios apresentam monopólios, 23,04% possuem duopólios e 16,23% têm triopólios. Apenas 41,83% dos municípios possuem quatro ou mais agentes independentes atuando no seu mercado de revenda de combustíveis.

Com o objetivo de verificar a distribuição dos HHIs em todo universo de municípios da análise, foi elaborado o histograma representado pela Figura 5. Como pode ser observado, a distribuição possui grande assimetria. Verifica-se, ainda, que a moda dessa distribuição é o HHI=5.000 (duopólio simétrico), seguida pelo HHI=10.000 (monopólio), pelo HHI = 3.333 (triopólio simétrico) e pelo HHI = 2.500. Além disso, a média do HHI municipal, representada pela linha azul pontilhada, ficou em 4.346.

Figura 5 - Histograma do HHI municipal e estatísticas descritivas básicas referentes aos valores de HHI municipais resultantes da análise.



Fonte: Elaboração própria.

Verificou-se, ainda, que as estruturas mais concentradas se encontram majoritariamente distribuídas entre os municípios com menor população e à medida que o grau de concentração diminui, a mediana da população municipal da distribuição aumenta. Esse resultado está em consonância com as conclusões de Cade (2014a), que afirma que “pequenos municípios nos quais há um número reduzido de postos de serviços tendem a ter um alto grau de concentração”.

A partir da base de postos autorizados da ANP é possível verificar que a relação habitantes/número de postos varia de acordo com o tamanho do município. Essa relação aumenta à medida em que aumenta o tamanho do município em termos populacionais. Considerando todos os municípios brasileiros com postos há, em média, um posto de combustíveis para cada 4.397 habitantes. Porém nos municípios com menos de 10 mil habitantes esse número cai para cerca de 2.985 habitantes por posto, enquanto nos municípios com população acima de 250 mil habitantes esse número fica acima dos 7.541 habitantes por posto.

Isso explica, em certa medida, a existência de estruturas mais concentradas nos municípios menores, pois a entrada de novas firmas possui uma barreira natural relacionada às restrições da própria demanda daquele mercado.

Importa observar ainda que outras variáveis, além da população municipal, influenciam na entrada de novas firmas, tais como outras variáveis demográficas, PIB per capita, frota de veículos do município, distância de outros municípios e restrições regulatórias municipais.

Conclusão

O presente trabalho detalhou e analisou a estrutura do mercado de revenda de combustíveis nos municípios brasileiros a partir de sua composição societária e administrativa.

Por meio do cruzamento da base de postos autorizados da ANP com a base de dados abertos do CNPJ da Receita Federal foi possível mapear a composição de sócios e administradores de todos os postos de combustíveis de todos os municípios. Com isso, foram identificadas as intersecções nessas composições existentes entre todos os estabelecimentos, em cada município. Obteve-se, dessa forma, todos os agrupamentos de sócios e administradores existentes em cada um desses mercados. A partir desse mapeamento foi possível calcular o grau de concentração de mercado em todos os municípios, representado pelo HHI municipal.

Por meio dos HHIs municipais, verificou-se que o nível de concentração é bastante elevado, especialmente nos municípios menores. O número de municípios que possuem um mercado de revenda de combustíveis altamente concentrado é de 62,04%, considerando todos os municípios brasileiros com postos de combustíveis, enquanto 21,38% dos municípios possuem um mercado moderadamente concentrado e apenas 16,57% possuem um mercado não concentrado.

Ao analisarmos a composição de sócios e administradores dos postos, verificamos que há muitas intersecções na maioria dos mercados municipais. Redes ou postos que aparentemente são concorrentes, na prática possivelmente não estão efetivamente competindo entre si. Ou então, competem com menos vigor do que competiriam caso fossem totalmente independentes entre si. O problema é que esse tipo de informação não é de conhecimento do consumidor. Há uma lacuna de informações que faz com que o consumidor tenha dificuldades em identificar qual posto concorre efetivamente com qual posto. Assim, por mais que existam

diversos postos ou redes de postos, de diversas marcas e bandeiras, muitas vezes a concorrência é muito inferior àquela esperada pelo consumidor. Isso acaba dando a impressão de que postos combinam preços, quando, na realidade, o que ocorre é um arrefecimento da concorrência relacionado à concentração de mercado derivada de intersecções nas composições societárias e de administradores.

Referência bibliográficas

ANP - Agência Nacional Do Petróleo, Gás Natural E Biocombustíveis. Consulta. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/postos/consulta.asp>>. Acesso em: 20 dez. 2019.

CARBONAI, D. **Os interlocking no mercado brasileiro de capitais: uma hipótese sobre as relações entre setores econômicos**. Montevidéo, 9a. ALACIP, GT Economia Política, 2017.

CARLTON, Dennis W. e Jeffrey M. Perloff. **Modern Industrial Organization**. Pearson Adisson Wesley, 4a edição, 2005.

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, **Delimitação de Mercado Relevante - Versão Pública**. 2010. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____, **Processo: 08012.006653/2010-55**. Relator: Marcos Paulo Verissimo, Brasília, 2012a.

_____, **Resolução nº 02, de 29 de maio de 2012**. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 31 mai. 2012b. Seção 1, págs. 88 a 91.

_____, **Cadernos do CADE - Varejo de Gasolina**. Brasília. 2014a. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/cadernos-do-cade-varejo-de-gasolina.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2020.

_____, **Indicadores de Concorrência**. Documento de Trabalho No. 001/14. Versão Pública. Brasília. 2014b.

_____, **Guia para Análise de Atos De Concentração Horizontal**. Brasília. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em: 08 fev. 2020.

_____, **Contribuições do Cade - Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência**. Brasília. 2018. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade_medidas-28maio2018-final.pdf. Acesso em: 01 fev. 2020.

POLDER, Michel *et al.* **Micro and macro indicators of competition: comparison and relation with productivity change**. Discussion paper 09024. Statistics Netherlands, The Hague/Heerlen, 2009.

RECEITA FEDERAL. Consulta: <http://receita.economia.gov.br/orientacao/tributaria/cadastros/cadastro-nacional-de-pessoas-juridicas-cnpj/dados-publicos-cnpj>. Acesso em: 20 dez. 2019.

_____, **Instrução Normativa nº 1863, de 27 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ). Diário Oficial da União. Brasília, 28 dez. 2018. Seção 1, p. 354.

RODRIGUES, Fernnanda Sá. **Análise concorrencial dos interlocking directorates segundo a legislação concorrencial brasileira**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Orientadora: Ana de Oliveira Frazão. Universidade de Brasília.

SDE - Secretaria de Direito Econômico. Combate a cartéis na revenda de combustíveis. Brasília, 2009. Fonte: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoesinstitucionais/documentos-da-antigalei/cartilha_revenda_combustiveis.pdf/view. Acesso em: 13 fev. 2020.

Tecnicidades jurídicas e concorrência desleal: estudo de caso do julgamento da ADI 4.874 DF

Otoni Ferreira Filho de Oliveira¹
Wellington Lima Silva Júnior²

RESUMO

O presente trabalho tem por metodologia um estudo de caso da ADI 4.874 DF, a qual foi denegada no tocante a ser declarada a inconstitucionalidade da RDC nº 14/2012 da Anvisa. Na prática, a ausência de ministro – causador de empate no julgamento – evitou que fosse declarada a constitucionalidade da normativa da Anvisa referida ou a sua inconstitucionalidade – ambas com efeito vinculante (*erga omnes*). Havendo efeito vinculante (*erga omnes*) em decisão declaratória de inconstitucionalidade, haveria uma real perda de competência da Anvisa para editar normativas sobre aditivos fumígenos. Como houve empate, a inconstitucionalidade não pôde ser decretada, sendo nesse caso declarada a mera constitucionalidade, a qual tem validade apenas para as partes constantes do processo. A questão ficou aberta para outros atores interessados não participantes do processo, os quais podem utilizar individualmente, caso necessário, o sistema judiciário para exercerem a sua liberdade de iniciativa econômica de comercializarem aditivos de derivados de tabaco utilizando-se da impugnação da RDC nº 14/2012 da Anvisa que impõe limites e é restritiva sobre a adição de aditivos que aumentem a atratividade de produtos fumígenos. Concluiu-se que os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) utilizaram de princípios para tomarem posição a favor ou contra a inconstitucionalidade da RDC nº 14/2012. No entanto, o artigo ressalva que o princípio da precaução está em um patamar superior aos outros princípios considerados,

1 Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Defesa da Concorrência e Direito Econômico (FGV).Anvisa. E-mail: ottoni.filho@anvisa.gov.br.

2 Especialista em Defesa da Concorrência e Direito Econômico (FGV). Ministério da Justiça. E-mail:wellingtonlima@uol.com.br.

tendo em vista que só se pode discutir a lealdade da concorrência entre atores vivos, o que faz com seja necessário adotar-se a posição a favor da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ao editar a RDC nº 14/2012.

Palavras-chave: aditivos; fumígenos; vinculante; competência; normativa.

ABSTRACT

The present work has as methodology a case study of ADI 4,874 DF, which was denied with regard to the declaration of unconstitutionality of RDC No. 14/2012 of Anvisa. In practice, the absence of a minister - which caused a tie in the trial - prevented the constitutionality of the Anvisa regulation referred to or its unconstitutionality from being declared - both with binding effect (*erga omnes*). If there is a binding effect (*erga omnes*) in a declaration declaring unconstitutionality, there would be a real loss of Anvisa's competence to edit regulations on smoking additives. As there was a tie, unconstitutionality could not be decreed, in which case mere constitutionality was declared, which is valid only for the parties included in the process. The question was open to other interested actors not participating in the process, who can individually use, if necessary, the judicial system to exercise their freedom of economic initiative to commercialize tobacco derivative additives using RDC No. 14 / 2012 from Anvisa which imposes limits and is restrictive on the addition of additives that increase the attractiveness of smoke products. It was concluded that the ministers of the Supreme Federal Court (STF) used principles to take a position in favor or against the unconstitutionality of RDC nº 14/2012. However, the article emphasizes that the precautionary principle is at a higher level than the other principles considered, considering that only fair competition between living actors can be discussed, which makes it necessary to adopt the position in favor of the National Health Surveillance Agency (ANVISA) when editing RDC nº 14/2012.

Keywords: additives; smoke; binding; competence; normative.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Do exame processual da ADI 4.874 DF*; 3. *Do exame material – da matéria de fundo - da ADI 4.874 DF*; *Das considerações finais*; *Referências*

1. Introdução

O objetivo do presente trabalho é analisar o julgamento da ADI 4874/DF e sua conexão com a concorrência desleal no que diz respeito aos princípios utilizados pela Corte Suprema para tratar o tema, tendo-se em conta atores em lados opostos, uma agência reguladora sanitária, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), e entes regulados, fabricantes de tabaco.

Cumprе ressaltar que a Anvisa integra o rol de agências reguladoras que apareceram no direito brasileiro na década de 1990 numa conjuntura de deslocamento do papel do Estado brasileiro, de Estado-empresário para Estado-regulador (MORAES, 2006). Para que a figura do regulador fosse exercida, várias agências reguladoras foram formadas – sob o molde jurídico de autarquias de regime especial -, tais como a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), entre outras (ARAGÃO, PEREIRA E LISBOA; 2018).

Essas agências, para poderem exercer tal função, foram dotadas do poder-dever de editar normas infralegais sob a forma de Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) – poder conferido pelas leis que as criaram - cuja finalidade consiste em regulamentar os mercados com regras claras de modo a propiciar segurança jurídica aos investimentos e a manutenção dos empregos (CUNHA, 2003).

No caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), os incisos III e XV, do artigo 7º, da Lei n. 9.782/99, de 26 de janeiro de 1999, dotaram aquela autarquia de competência normativa na forma da lei para empreender ações no intuito de estabelecer normas para propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária, o que inclui a proibição.

Dessarte, usando de sua prerrogativa de editar norma infralegal, a Anvisa editou a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 14/2012, definindo normas e padrões técnicos sobre limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono no cigarro e restringiu o uso dos denominados aditivos nos produtos fumígenos

derivados do tabaco - cigarros com sabor e aroma.

Em contrapartida à norma editada pela Anvisa, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.874/DF, alegando inconstitucionalidade dos incisos III e XV do art. 7º da Lei n. 9.782/99 e por consequência da RDC nº 14/2002 da Anvisa (STF, 2020).

2. O exame processual da ADI 4.874 DF e a conexão com a concorrência desleal

O poder normativo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) é conferido pelos incisos III e XV, do artigo 7º, da Lei n. 9.782/99, de 26 de janeiro de 1999, os quais dotaram aquela autarquia de competência normativa na forma da lei para empreender ações no intuito de:

Art. 7. Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

III. estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;

XV. proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde. (BRASIL,2020)

Tal poder legiferante é exercido pela edição de Resolução de Diretoria Colegiada (RDC), sendo que no caso dos aditivos ao tabaco, a Anvisa traçou limites para deter as consequências prejudiciais à saúde a longo prazo decorrentes da utilização de aditivos ao tabaco por meio da edição da RDC nº 14/2012, a qual proibiu os aditivos constantes do rol dos incisos que compõem o art. 6º, os quais se encontram adiante expostos:

Art. 6º Ficam proibidas a importação e a comercialização no país de produto fumígeno derivado do tabaco que contenha qualquer um dos seguintes aditivos:

I - substâncias sintéticas e naturais, em qualquer forma de apresentação (substâncias puras, extratos, óleos, absolutos, bálsamos, dentre outras), com propriedades flavorizantes ou aromatizantes que possam conferir, intensificar, modificar ou realçar sabor ou aroma do produto, incluindo os aditivos identificados como agentes aromatizantes ou flavorizantes: a) pelo Joint FAO/WHO Expert Committee on Food Additives -

JECFA (Comitê Conjunto da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação (FAO)/ Organização Mundial da Saúde (OMS) de Especialistas em Aditivos Alimentares); ou b) pela Flavor and Extract Manufacturers Association – FEMA (Associação dos Fabricantes de Aromas e Extratos).

II – *coadjuvantes de tecnologia (ou auxiliares de processo) para aromatizantes e flavorizantes;*

III – *aditivos com propriedades nutricionais, incluindo: a) aminoácidos; b) vitaminas; c) ácidos graxos essenciais; e d) minerais, exceto aqueles comprovadamente essenciais para a fabricação dos produtos derivados do tabaco.*

IV – *aditivos associados com alegadas propriedades estimulantes ou revigorantes, incluindo taurina, guaraná, cafeína e glucuronolactona;*

V – *pigmentos (ou corantes);*

VI – *frutas, vegetais ou qualquer produto originado do processamento de frutas e vegetais, exceto carvão ativado e amido;*

VII – *adoçantes, edulcorantes, mel, melado ou qualquer outra substância que possa conferir aroma ou sabor doce, diferente de açúcares;*

VIII – *temperos, ervas e especiarias ou qualquer substância que possa conferir aroma ou sabor de temperos, ervas e especiarias;*

IX – *ameliorantes; e*

X – *amônia e todos os seus compostos e derivados (ANVISA,2020).*

Em reação à proibição da adição de aditivos ao tabaco, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.874/DF), a qual continha dois pedidos: um pedido de interpretação conforme a Constituição do art. 7º, XV, *in fine*, com a alternativa de invocação do inciso III do mesmo dispositivo, da Lei nº 9.782/1999, o qual foi denegado por maioria no mérito, tendo sido vencido o Ministro Marco Aurélio; outro pedido sucessivo de declaração de inconstitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 14/2012 da Anvisa, o qual resultou em julgamento empatado, havendo cinco votos pela improcedência e cinco pela procedência do pedido sucessivo. O empate foi ocasionado pelo número par de Ministros votantes, tendo em vista a ausência do Ministro Roberto Barroso por ter se declarado suspeito (STF, 2020)

A relatora do julgamento, Ministra Rosa Weber, conheceu do pedido de inconstitucionalidade da RDC nº 14/2012 da Anvisa, por entender que este ato normativo estava eivado das características da abstração, da generalidade e da autonomia, além de expressar a

imperatividade e a coerção estatal. Esse segundo pedido foi conhecido pelos demais Ministros, sendo que no mérito 5 (cinco) Ministros votaram pela procedência da ação de inconstitucionalidade da RDC nº 14/2012 da Anvisa, sendo eles: Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Marco Aurélio; além de outros 5 (cinco) Ministros terem votado pela improcedência da ação de inconstitucionalidade da norma citada, tais tendo sido: Rosa Weber (a relatora), Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Edson Fachin e Celso de Mello (STF, 2020).

Uma peculiaridade processual especial envolveu o julgamento da ADI 4.874 DF. Houve um empate. Convém explorar a consequência do empate em decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF).

O STF é composto por 11 (onze) membros (art. 101 da CR/88). Existe a possibilidade de que um ou vários Ministros declarem-se suspeitos ou impedidos, o que pode fazer com que o quórum de julgamento contenha um número par de Ministros, de forma a ser possível - em caso de posições antagônicas equilibradas - um termo de julgamento que resulte em empate (BRASIL, 2020).

O que se deve fazer em caso de empate?

O art. 146 do Regimento Interno do STF (RISTF) prevê:

Havendo, por ausência ou falta de um Ministro, nos termos do art. 13, IX, empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta (STF, 2020).

De forma semelhante, o art. 205, parágrafo único, do RISTF relata que, não sendo possível suspender a sessão (art. 205, parágrafo único, I), na não possibilidade de um placar em que haja predominância - caso do empate - o ato impugnado deve ser mantido (STF, 2020).

Enfim, empatada a votação, com ausência ou falta de ministro, na forma do art. 13, IX, a controvérsia será julgada levando em conta a solução oposta à pretendida pela parte autora.

No entanto, não havendo maioria nem para a declaração de inconstitucionalidade e nem para a declaração de constitucionalidade, apesar da solução processual indicar a vitória da segunda no processo entre as partes, fica despida porém a declaração de constitucionalidade de efeitos próprios do processo concentrado, o fato de valer para todos ou ser *erga omnes*. Apesar de

o ato impugnado ser mantido, ele não se mantém com o efeito sobre todos os interessados que não participaram do processo, isto é, mesmo não havendo cancelamento do poder normativo da Anvisa para o caso da RDC 14/2012, os outros autores não participantes do processo podem valer-se da via difusa.

Os juízes de primeiras instâncias e os tribunais podem decidir de formas diferentes acerca do poder normativo da Anvisa, conforme as empresas manuseiem o sistema judiciário para exercerem a sua liberdade de iniciativa econômica de comercializarem aditivos de derivados de tabaco que aumentem sua atratividade, contestando a inconstitucionalidade e ilegalidade da RDC nº 14/2012, o que é um problema, pois a normativa da Anvisa - que regula o tema - torna-se verdadeira letra morta, sem efeito dissuasório entre os regulados, que usarão do judiciário para manterem a produção e a comercialização dos aditivos no tabaco.

Além disso, o efeito incidental do empate acarretado pela ausência de ministro no julgamento da ADI 4.874/DF tem o poder de desencadear uma concorrência desleal entre os próprios fabricantes de aditivos de cigarro, na medida em que alguns obtenham êxito perante o judiciário para comercializarem cigarros com aditivos de tabaco e outros não.

3. Do exame material - da matéria de fundo - da ADI 4.874 DF

A CNI levou até a Corte Suprema a ideia de que a RDC 14/2002 violou o princípio da livre iniciativa, conforme argumento de que a proibição de aditivos se deu de forma genérica, representando o banimento quase completo da produção e comercialização de cigarros brasileiros; além da normativa da Anvisa ter atentado também contra outros princípios como da separação dos poderes e da legalidade.

Nessa preocupação da CNI com respeito ao banimento da produção e comercialização de cigarros subjaz a liberdade de iniciativa econômica de todos os atores econômicos envolvidos na cadeia produtiva do cigarro. Quando eles se viram totalmente tolhidos, atacaram o ente regulador, a Anvisa, com o mesmo golpe que sofreram, o de cercear totalmente não agora a liberdade de iniciativa econômica, mas o próprio instrumento que tem o

poder de exercer a vigilância sanitária por meio de normativas que empreendam ações dotadas de diretrizes, de execuções e dos respectivos acompanhamentos (AYRES,1997).

Esse tipo de jogo é possível porque apesar de seu poder regulador, as agências, como qualquer outro órgão público, estão sujeitas ao controle judicial. Isso de acordo com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que preconiza o mandamento tal que “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 2020).

Porém como destacado no item a respeito do exame processual da ADI 4.874/DF, a matéria de fundo poderá ser questionada em juízo de primeira instância por qualquer interessado que faça parte da cadeia econômica que envolva aditivos em tabaco. A RDC nº 14/2012 da Anvisa não está podendo, assim, exercer o seu poder dissuasório perante os agentes regulados, o que é um problema na regulação.

Dessa forma, para o devido trato do problema de pesquisa serão levadas em conta algumas abordagens teóricas, as quais serão exploradas pelos agentes econômicos interessados em discutir o tema individualmente nas diversas instâncias do judiciário. Tais contornos teóricos a serem explorados nos subitens seguintes foram utilizados pelos Ministros do STF no julgamento da ADI 4.874/DF, como se explicará adiante.

3.1 Da função de editar normas infralegais das Agências Reguladoras

Caminhando o Estado na direção de regulador em detrimento de patrimonialista, o ordenamento jurídico construído criou agências reguladoras, como a Aneel (Lei nº 9.427/96) e a Anvisa (Lei nº 9.782/99). Com um ambiente de maior atividade do setor privado na economia, a existência de um meio regulatório seguro e previsível passou a ser necessário. (ARAGÃO, PEREIRA E LISBOA; 2018)

A Constituição Federal em seu art. 174 já preconizava o Estado sendo

agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (BRASIL, 2020).

Para realizar as funções constantes da determinação constitucional, necessária é a edição de atos normativos e de atos de polícia. Para tanto, seguindo o modelo regulatório norte-americano – o de *independent agencies* – a União criou agências reguladoras como a Anvisa, onde o regime jurídico propicia autonomia no processo decisório. Tal regime de autarquias especiais leva em conta um período no qual o comando abstrato da lei e a decisão judicial já não comportam todas as respostas. Aqui a imparcialidade técnica é a principal vantagem. A edição de normas técnicas imparciais desinteressadas politicamente pode legitimamente compor os variados interesses da regulação (ARAGÃO, 2002).

Nesse ponto, a Ministra Rosa Weber – em seu voto na ADI 4.874-DF – cita Barroso em sua definição das agências reguladoras setoriais, como “autarquias especiais que desempenham funções administrativas, normativas e decisórias, dentro de um espaço de competências que lhes é atribuído por lei” (BARROSO *apud* STF, 2020, p. 17).

A Anvisa, uma entre as agências reguladoras setoriais, representa uma indiscutível evolução do modelo institucional do Estado direito atual, podendo a Administração Pública dar uma resposta adequada em face da complexidade das questões que emergem das relações sociais. Isso só é possível com agilidade e flexibilidade do Estado diante das incessantes demandas econômicas e sociais, o que torna imprescindível estruturas administrativas e independentes, com o que a competência de editar normas é parte integrante de todo o funcionamento eficiente da estrutura (STF, 2020).

Cumprido destacar que a agência reguladora – como a Anvisa – atende a uma necessidade de descentralização normativa, sendo a natureza técnica o sentido existencial das agências reguladoras independentes, as quais com sua capacidade técnica pode integrar adequadamente a legislação, sem ferir as competências legais que lhe foram conferidas e por decorrência da Constituição Federal, ou seja, sem incorrer em ilegalidade ou inconstitucionalidade. Como paralelo tem-se a figura do tipo em branco, onde a lei ao prever certa ação, incumbe ao Poder Executivo a tarefa de especificar as hipóteses sobre onde recairá a incidência com base em critérios técnicos (ARAGÃO, 2002).

No âmbito do STF, o Plenário já prestigiou decisão de agência reguladora em detrimento de uma lei sobre matéria técnica. Na ADI

nº 5.501, o STF , liminarmente, decidiu que a proibição da Anvisa de uso de fosfoetanolamina sintética deve prevalecer sobre lei que concedia permissão (Lei nº 13.269/16), sob o argumento de que a análise do licenciamento de distribuição de medicamentos é tema de competência técnica da Anvisa (STF,2020).

3.2 Do risco à saúde pública dos aditivos do tabaco

A Anvisa ao regular os aditivos do tabaco teve por intento mitigar o risco à saúde pública fazendo uso de seu poder de editar normas. Tal risco a ser minorado é “perigo, probabilidade de dano” (CAVALIERI FILHO, 2002, p. 166).

Os riscos, ainda, em saúde pública estão relacionados a bens públicos nacionais e internacionais, os quais devem ser defendidos e preservados para que as gerações futuras as possam usufruir.

As indústrias de tabaco representam perigo para a saúde pública e o bem-estar da comunidade - bens públicos nacionais e internacionais.

Considerando a colocação do aditivo para tornar o tabaco mais atraente, convém esclarecer o termo “aditivo” que segundo o inciso I, art. 3º, I, da RDC nº 14/2012 - relaciona-se a

qualquer substância ou composto, que não seja tabaco ou água, utilizado no processamento das folhas de tabaco e do tabaco reconstituído, na fabricação e no acondicionamento de um produto fumígeno derivado do tabaco, incluindo açúcares, adoçantes, edulcorantes, aromatizantes, flavorizantes e ameliorantes (ANVISA, 2020).

Como impacto da utilização de aditivos para fomentar o consumo do tabaco, a comunidade internacional foi alertada do perigo de tais instrumentos quando uma ordem judicial abriu ao público dados das produtoras de tabaco, os quais indicavam que os aditivos postos nos cigarros tinham por foco remover os obstáculos à manutenção e iniciação ao tabagismo por meio de maior atratividade aos consumidores, porém aumentando a exposição aos riscos relacionadas às doenças inerentes ao uso do tabaco (INDUSTRYDOCUMENTS,2020).

No ponto relativo aos riscos do uso do tabaco por seres humanos, cabe deixar consignado também que a Ministra Rosa Weber fez alusão - em seu voto na ADI 4.874-DF - que existem evidências científicas sem margem razoável de dúvida de que o tabaco

causa elevados prejuízos à saúde dos usuários, comprometendo a autonomia individual pelo condicionamento químico e psicológico (STF, 2020).

Essa escravidão representada pela perda de autonomia individual em termos físicos e psicológicos do ser humano, fez com que surgisse o princípio da precaução, que consiste em um princípio moral e político que enuncia que no caso de uma ação ocasionar dano público irreversível ou ambiental e não havendo consenso científico, o ônus da prova caber a quem está praticando ou pretende praticar a ação - no caso os fabricantes que pretendem adicionar aditivos ao tabaco. Tal princípio é considerado quando o risco é alto com magnitude tal que a certeza científica completa não é necessária antes de se utilizar uma ação corretiva (VARELLA, PLATIAU; 2004).

Nesse sentido, utilizar o judiciário brasileiro para retirar a regulação sanitária da Anvisa a respeito de aditivos ao tabaco de modo a anular totalmente seu poder normativo a respeito do tema, equivale a entregar os agentes regulados, os fabricantes de tabaco, a uma concorrência desleal sem nenhum norte que limite a proteção da saúde dos consumidores. Os que entrem na justiça e consigam à força produzirem e comercializarem os cigarros com aditivos de tabaco estarão a concorrer deslealmente com os que não ingressarem na justiça ou que não obtiverem êxito perante o judiciário para a comercialização dos fumígenos mencionados. Isso porque acionando difusamente o sistema judiciário, existe o risco de uma parte dos fabricantes serem atendidos e outros não, pois serão diversos os juízes e os tribunais que atenderão aos pedidos.

3.3 Da incorporação do Tratado do Tabaco (CQCT) na legislação brasileira

Convém contextualizar que a RDC 14/2012/ANVISA que proibiu certos aditivos ao tabaco foi editada em um momento de implementação por parte do Estado brasileiro da Convenção-Quadro da Organização Mundial da Saúde (OMS) para Controle do Tabaco (CQCT/OMS) - primeiro tratado internacional de saúde pública da Organização Mundial da Saúde.

A CQCT/OMS foi desenhada e construída pela Assembleia Mundial da Saúde em 21 de maio de 2003. A questão do risco do

uso tabaco para a saúde pública é um tema tão importante para os Estados-nações que o CQCT/OMS aglutinou a maior quantidade de adesões de toda a história da Organização das Nações Unidas (INCA, 2020).

O desiderato da Convenção-Quadro da OMS é posto em seu art. 3º:

proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras consequências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco (ANVISA,2020).

Para efetivar a proteção às gerações presentes e futuras, a Convenção-Quadro da OMS determina que os Estados-nações façam uso de medidas nas áreas de propaganda, publicidade, patrocínio, advertências sanitárias, tabagismo passivo, tratamento de fumantes, comércio ilegal e preços e impostos; de modo que a RDC 14/2012/ANVISA é uma ferramenta do Estado brasileiro para fazer valer as determinações da Convenção-Quadro da OMS, sendo ratificada a adesão do Brasil à CQCT/OMS em 27 de outubro de 2005. Após todas essas tratativas, a efetivação das medidas da CQCT/OMS tornou-se Política Nacional de Controle do Tabaco.

Em seu voto (ADI 4.874-DF) em que negou o crivo de inconstitucionalidade à RDC 14/2012, a Ministra Rosa Weber fez menção ao artigo 9 da Convenção-quadro sobre o tabaco, que dispõe:

A Conferência das Partes, mediante consulta aos organismos internacionais competentes, proporá diretrizes para a análise e a mensuração dos conteúdos e emissões dos produtos de tabaco, bem como para a regulamentação desses conteúdos e emissões. Cada Parte adotará e aplicará medidas legislativas, executivas e administrativas, ou outras medidas eficazes aprovadas pelas autoridades nacionais competentes, para a efetiva realização daquelas análises, mensuração e regulamentação (ANVISA,2020).

3.4 Da teoria da liberdade de iniciativa econômica

Em termos teóricos, tem-se duas poderosas forças opostas de argumentação, uma atrelada aos riscos à saúde pública e às prescrições da CQCT/OMS, cujos escopos visam restringir a movimentação econômica do tabaco; de outro lado, como contraponto, temos o outro polo dialético, o de não aceitar restrições ao ciclo econômico do tabaco, conforme a teoria da liberdade de iniciativa econômica.

Convém recordar que a livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso IV, art. 1º, da Constituição Federal), pelo qual deve-se garantir aos indivíduos o acesso às atividades e o seu exercício (TOMAZETTE, 2013).

A livre iniciativa econômica é um princípio basilar da Constituição Federal brasileira explicitada no inciso IV, artigo 1º, art. 170, de modo a garantir aos brasileiros em sua totalidade, o livre exercício da atividade econômica (BRASIL, 2020).

O princípio comentado principiou-se com o crescimento da burguesia proveniente do embate entre o modo de produção feudal e o começo do sistema capitalista de produção, tendo por cume a Revolução Francesa de 1789. A luta pela eliminação da sociedade feudal teve por mote a ideia de liberdade. Daí a liberdade de livre iniciativa, onde todos poderiam trabalhar como desejassem (COELHO, 2015).

A liberdade de iniciativa é tão importante que ela própria é um dos fundamentos do capitalismo. Para existir eficiência, o capitalismo necessita de um meio econômico com liberdade de iniciativa garantida (COELHO, 2015).

Daí decorrem quatro pontos: necessidade de empresa privada, reconhecimento do lucro, proteção do investimento e a importância da empresa na criação de postos de trabalhos e de tributos.

Após esse panorama acerca da evolução da teoria da livre iniciativa econômica – principal contraponto à regulação restritiva da Anvisa sobre adição de aditivos ao tabaco – não causa surpresa, o Ministro Luiz Fux – que fez parte do grupo de 5 Ministros que votaram pela inconstitucionalidade da RDC 14/2012 na ADI 4.874-DF – ter percebido a importância do princípio da livre iniciativa econômica como o antagonista ideal aos efeitos regulatórios da RDC 14/2012 em relação aos aditivos ao tabaco, salientando em seu voto a questão do possível esvaziamento da atividade comercial e citar como precedente o caso *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* (1978), no qual a Suprema Corte dos EUA definiu que não seria expropriatória a regulação que ressalvasse outras formas de aproveitamento econômico da propriedade, o que não se aplicaria ao caso do aditivo ao tabaco restringido pela RDC 14/2012. Para o Ministro Fux, a RDC nº 14/2012 representaria uma regulação expropriatória, pois esvaziava a atividade comercial do tabaco, causa de sua inconstitucionalidade (STF, 2020).

3.5 Da doutrina da deferência administrativa

Pelo exposto nas linhas antecedentes, observa-se que a mitigação do risco à saúde pública pela restrição do uso de aditivos ao tabaco, representa um polo em um ambiente dialético de interesses, onde um agente do Estado (Anvisa) efetua sua ação para proteger a sociedade por meio de norma infralegal (RDC 14/2012), no que há uma reação no outro polo, a dos agentes regulados, que veem sua liberdade de iniciativa econômica cerceada. Para conciliar tais interesses dialéticos, antagônicos, o Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, foi instigado a conciliar interesses contrapostos, conforme art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que preconiza o mandamento tal que “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 2020).

No entanto, diante do Supremo Tribunal Federal não estão postos apenas o confronto de interesses opostos: proteção à saúde e liberdade de iniciativa econômica. Aquele Tribunal tem que levar em conta que a produção normativa da Anvisa feita para regular a introdução de aditivos ao tabaco está eivada de conhecimentos técnicos sanitários estranhos à mera esfera jurídica, de modo que a relatora Ministra Rosa Weber da ADI 4.874-DF entendeu dever existir necessariamente uma deferência a respeito da edição de ato normativo infralegal praticado pela Anvisa (STF, 2020).

Tal entendimento da Ministra mencionada coaduna-se com a doutrina construída no direito administrativo americano, a chamada doutrina da “deferência administrativa”, diversas vezes referida como “*Chevron deference*”, estabelecida por fórmula da Suprema Corte, em 1984, o *Chevron Test* (*Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837). Conforme o *Chevron Test*, em um primeiro momento, quando a lei for clara, deve ser cumprida. Em um segundo momento, apenas quando o agente regulador não utilizar uma ação razoável e proporcionalmente aceitável é que haverá a intervenção do Judiciário (CORNELL, 2020).

Tendo votado pela constitucionalidade da RDC 14/2012, a Ministra Rosa Weber – em seu voto na ADI 4.874-DF - não poderia deixar de fazer referência à doutrina da deferência administrativa, e a menção a tal doutrina teve como fio condutor a questão da clareza da lei de regência, de modo que estando claramente definidas

na lei de regência as medidas específicas a serem tomadas, sem ambiguidades, não caberia ao poder judiciário fazer o controle jurisdicional da hermenêutica feita por uma agência reguladora de seu próprio estatuto infralegal – como a Anvisa – e substituí-la na interpretação da lei (STF, 2020).

Já o voto pela inconstitucionalidade da RDC 14/2012 do Ministro Luiz Fux baseou-se na desproporcional ação do poder de polícia do poder público – não sendo aplicável a deferência administrativa – pois teriam sido violados os princípios da ordem econômica e do direito da propriedade, esta última, sofrido verdadeira expropriação, pois a proibição de aditivos ao tabaco não teria ressalvado outras formas de aproveitamento econômico da propriedade e havendo verdadeiro banimento quase completo da produção e comercialização de cigarros brasileiros – caso de esbulho possessório – a própria função social da propriedade teria sido desconsiderada (STF, 2020).

Das considerações finais

O princípio da liberdade de iniciativa econômica foi apenas um contra a teoria da deferência administrativa, do risco à saúde pública, do Tratado do Tabaco (CQCT-OMS) e do poder de emitir normas infralegais da Anvisa.

Porém, a liberdade de iniciativa econômica – por força de uma peculiar situação processual, o empate na votação do plenário na via concentrada – foi a verdadeira vencedora no plano pragmático, pois cada agente da cadeia econômica que tenha interesse em produzir e comercializar tabaco com aditivos, pode usufruir de sua liberdade de iniciativa fazendo uso do sistema difuso, isto é, acionando os juízes de primeira instância e, se necessário, usando a via recursal, para comercializarem e produzirem os tais cigarros com aditivos, os quais a saúde pública tanto teme, pelo seu potencial de originar doenças pulmonares, cânceres, entre outras.

É certo que a livre iniciativa absoluta pode ter consequências catastróficas e gerar injustiças, como a concorrência ilícita, monopólio, a degradação do meio ambiente e o descaso com consumidores, fraudes e abusos contra o trabalhador, inclusive gerar crises econômicas.

Para preservar uma concorrência sadia, sem mortes prematuras,

pois concorrência só tem sentido entre vivos, o princípio da precaução está em um nível superior ao princípio da livre iniciativa econômica.

Apesar de a via difusa estar aberta para o princípio da livre iniciativa ser exercida pelos interessados em impugnar a RDC 14/2012, considerando apenas o plano das ideias, do melhor para o ser humano no momento presente e no momento futuro, vitoriosa foi a argumentação da relatora da ADI 4.874/DF, a qual asseverou que a limitação da livre iniciativa no campo da eficácia de normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais - com a devida conformidade com outros ditames constitucionais - faz com que o direito à saúde mantenha o seu núcleo essencial.

Nesse sentido, utilizar o judiciário brasileiro para retirar a regulação sanitária da Anvisa a respeito de aditivos ao tabaco de modo a anular totalmente seu poder normativo a respeito do tema, equivale a entregar os agentes regulados, os fabricantes de tabaco, a uma concorrência desleal sem nenhum norte que limite a proteção da saúde dos consumidores. Os que entrem na justiça e consigam à força produzirem e comercializarem os cigarros com aditivos de tabaco estarão a concorrer deslealmente com os que não ingressarem na justiça ou que não obtiverem êxito perante o judiciário para a comercialização dos fumígenos mencionados. Isso porque acionando difusamente o sistema judiciário, existe o risco de uma parte dos fabricantes serem atendidos e outros não, pois serão diversos os juízes e os tribunais que atenderão aos pedidos.

Referências bibliográficas

AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita. **Sobre o risco: para compreender a epidemiologia**. São Paulo: Editora Hucitec; 1997.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Letícia Lobato Anicet (Coords.) - **Regulação e infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional** - volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros. Ed., 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, Volume 1: direito de empresa – 19ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Paulo César Melo da. **Regulação Jurídica da saúde complementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MORAES, Guilherme Peña de. **Readequação Constitucional do Estado Moderno: transformações do conceito de Estado no Direito Constitucional do limiar do século XXI**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**, Volume 1: teoria geral e direito societário – 5ª ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávio Barros. **Princípio da Precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Referências eletrônicas

ANVISA. Resolução de Diretoria Colegiada – RDC Nº 14, de 15 de março de 2012. **Dispõe sobre os limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros e a restrição do uso de aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, e dá outras providências**. Disponível em: < http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2978962/RDC_14_2012_.pdf/baeb28a7-90fc-49f3-9bf8-761de80af0b7 > Acesso em 22 de setembro de 2020.

ANVISA. **Quadro Texto do Tratado do Tabaco**. Disponível em: < http://portal.anvisa.gov.br/documents/106510/106609/Conven%25C3%25A7%25C3%25A3o%2BQuadro-Texto%2BPublicado_Portugu%25C3%25AAs.pdf/884b7260-fa9f-439d-a7a0-e28e0936726b > Acesso em 22 de setembro de 2020.

BRASIL. Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999. **Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências**. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm> Acesso em 22 de setembro de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 2020. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 22 de setembro de 2020.

CORNELL. **Chevron deference**. Disponível em: < https://www.law.cornell.edu/wex/chevron_deference > Acesso em 22 de setembro de 2020.

INCA. **O que é a Convenção-Quadro para o controle do tabaco?** Disponível em: <<https://www.inca.gov.br/en/node/1378>> Acesso em 22 de setembro de 2020.

INDUSTRY. **IndustryDocumentsTobacco**. Disponível em: < <https://industrydocuments.library.ucsf.edu/tobacco/>) > Acesso em 22 de setembro de 2020.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro teor de acórdão**. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339416790&ext=.pdf> > Acesso em 22 de setembro de 2020.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>> Acesso em 22 de setembro de 2020.

Concorrência e direitos de transmissão do campeonato brasileiro de futebol: uma análise dos possíveis efeitos do fim dos direitos de arena compartilhados

Juliano Pimentel Duarte¹

RESUMO

Este trabalho analisa os potenciais efeitos da alteração na regulação do direito de transmissão de eventos esportivos proposta pela Medida Provisória nº 984/2020. A medida propunha atribuir a titularidade do direito de arena unicamente à entidade desportiva mandante, em contraposição a regra vigente que a atribui às entidades de modo compartilhado. A partir das características econômicas dos direitos de transmissão de eventos esportivos, dos mercados envolvidos e da trajetória recente da regulação e da atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, busca-se identificar os efeitos concorrenciais da mudança sobre a comercialização e exploração dos direitos de transmissão pelos clubes de futebol. Sugere-se que a nova regra poderia reduzir as barreiras à entrada e aumentar a concorrência no mercado, conferindo maior poder de barganha aos clubes e incentivos à negociação coletiva. Em resultado, maior concorrência e o fim dos “apagões” podem aumentar a oferta de transmissões em benefício do consumidor.

Palavras-chave: direitos de transmissão; direito de arena; concorrência; esportes; futebol.

1 Mestre em Ciência Política (UnB), especialista em Defesa da Concorrência e Direito Econômico (FGV), bacharel em Administração Pública (Fundação João Pinheiro) e Direito (UFMG). E-mail: pimentel.juliano@gmail.com. Embora o autor deste trabalho seja servidor da SG/Cade, informa-se que (i) não trabalha na unidade responsável por esta investigação ou qualquer outra mencionada no trabalho; (ii) que o trabalho foi elaborado tão somente a partir de informações públicas; e que (iii) as opiniões são exclusivas do autor e não refletem a posição do Cade. E-mail: pimentel.juliano@gmail.com

ABSTRACT

This paper analyzes the potential effects of the regulatory change in the sport broadcasting rights proposed by Provisional Measure 984/2020. The measure proposed to assign the property rights only to the principal sporting entity, in contrast to the current rule that attributes it in a shared way. Based on the economic characteristics of the broadcasting rights of sporting events, the markets involved and the recent trajectory of the regulation and performance of the Brazilian Competition Authority, we seek to identify the competitive effects of the change on the commercialization and exploitation of broadcast by soccer clubs. It is suggested that the new rule could reduce barriers to entry and increase competition in the market, giving clubs greater bargaining power and incentives for collective bargaining. As a result, increased competition and the end of “blackouts” may increase the offer of transmissions for the benefit of the consumer.

Keywords: broadcasting rights; competition; sports; soccer.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Direitos de transmissão no futebol e suas características econômicas*; 3. *A regulação dos direitos de transmissão de eventos esportivos no Brasil*; 4. *A comercialização e exploração dos direitos de transmissão e a atuação do SBDC*; 5. *Efeitos potenciais da mudança regulatória dos direitos de transmissão*; *Considerações Finais*; *Referências*.

1. Introdução

O futebol não é somente uma “paixão nacional”, mas também grande fonte de entretenimento e de negócios. A exploração dos direitos de transmissão dos jogos de futebol é uma das faces mais evidentes deste negócio, ao intermediar interesses e recursos entre clubes, torcedores e telespectadores, anunciantes e empresas de telecomunicação. No Brasil, a comercialização dos direitos de transmissão representa a principal fonte de receita dos clubes de

futebol (Itaú BBA, 2020)².

Essa indústria é objeto de preocupações concorrenciais em todo o mundo, com histórico de regulação pelo poder público e atuação das autoridades de defesa da concorrência no mundo³ e no Brasil. Em 2010, após longo processo administrativo⁴, um acordo entre o Cade, o Grupo Globo⁵ e o Clube dos Treze⁶, eliminou práticas anticompetitivas como o direito de preferência e previu a venda separada de direitos por tipo de mídia e a realização de leilões para a venda dos direitos de transmissão. Entretanto, com o fim do Clube dos Treze, os clubes passaram a negociar seus direitos individualmente, tornando o acordo inócuo.

Em 2020, a Medida Provisória (MP) nº 984 alterou a regulação dos direitos de transmissão, atribuindo-o à entidade de prática desportiva mandante⁷. Até então, a legislação previa que o “direito de arena” pertencia a ambas equipes participantes. Este trabalho tem por objetivo realizar uma análise *ex-ante* da alteração na regulação do direito de transmissão de eventos esportivos, atribuindo a titularidade ao clube mandante, sobre a comercialização e exploração dos direitos pelos clubes de futebol. Nesse sentido, busca-se responder à seguinte pergunta: quais os efeitos concorrenciais esperados no mercado de comercialização e exploração dos direitos de transmissão com a alteração na regulação

2 Mais de 40% da receita dos clubes de futebol provêm da comercialização dos direitos de arena. Os valores dos direitos Campeonato Brasileiro são crescentes, partindo de R\$ 863 milhões em 2010 para R\$ 2,4 bilhões em 2019 (ITAÚ BBA, 2020, p.23).

3 Por exemplo, na Inglaterra e Alemanha as regras dos leilões de comercialização foram definidas após atuação da Comissão Europeia e estão sujeitas à supervisão das autoridades de defesa da concorrência nacionais. Na Espanha, a autoridade concursal atua para promover a competição nos leilões (AdC, 2019; SANTOS, 2012). Nos Estados Unidos, a isenção antitruste para as ligas esportivas surgiu como reação à decisão da Suprema Corte contrária à negociação coletiva de direitos de transmissão (EVENS, 2013).

4 Processo Administrativo nº 08012.006504/97-11.

5 O TCC foi celebrado com a TV Globo Ltda. e com a Globo Comunicações e Participações. Por fins didáticos, este trabalho faz referência a “Grupo Globo” ou “Globo” quando há menção a empresas do grupo.

6 O Clube dos Treze representava os principais clubes e negociava coletivamente os direitos de arena.

7 A MP perdeu eficácia em 16/10/2020 por não ter sido apreciada pelo Congresso Nacional. Até a conclusão deste trabalho, não havia sido editado decreto legislativo disciplinando as relações jurídicas dela decorrentes.

da titularidade dos direitos de arena?

Para tanto, o trabalho está estruturado da seguinte forma. Inicialmente, será apresentado o referencial teórico-analítico que irá subsidiar a descrição dos mercados de direitos de transmissão. Em seguida, será introduzida a temática dos direitos de arena e a alteração regulatória pretendida com a MP nº 984. Na terceira parte do trabalho, é apresentada uma síntese da atuação do SBDC nesses mercados. Por fim, são discutidos os possíveis efeitos concorrenciais dessa mudança na titularidade dos direitos de transmissão.

2. Direitos de transmissão no futebol e suas características econômicas

Os eventos esportivos e seus direitos de transmissão possuem características que os tornam peculiares e trazem preocupações concorrenciais. Uma dessas características, relacionadas aos conteúdos de mídia em geral, é o seu caráter não rival: o consumo deste serviço por um indivíduo não reduz sua utilidade para os demais. O fato de uma ou muitas pessoas a mais assistir a uma partida não afeta o consumo pelas demais. Com isso, o custo inicial para produzir o conteúdo é relativamente alto, mas o custo marginal é baixo.

Com o advento das tecnologias de TV por assinatura e *pay-per-view*, o consumo de conteúdo pela televisão passa a ser excludente, sendo possível cobrar para o acesso. Essas características (bens não rivais e excludentes) indicam tendência à concentração.

Já os eventos esportivos possuem especificidades que os distinguem dos demais conteúdos de mídia. Em geral, conteúdos de mídia são de fácil substituição, mas os eventos esportivos são bens tipicamente perecíveis. Existe um valor muito alto para o seu consumo ao vivo e, após a partida, quando não há mais surpresa quanto ao resultado, seu valor se reduz drasticamente. Esta característica reduz a possibilidade de substituição de um evento esportivo por outros conteúdos (GERRARD, 2006; TONAZZI, 2003).

Ainda, os eventos esportivos são escassos e a oferta é restrita. É complicado aumentar a oferta de jogos, que são parte de campeonatos com calendários rígidos (TONAZZI, 2003). Por fim, existe o elemento de cooperação entre as entidades de esporte profissional, distinguindo a relação entre os clubes da relação

entre firmas concorrentes. Apesar de competirem por torcedores, patrocinadores, jogadores e pelos títulos, os clubes precisam cooperar para a realização do evento esportivo (GERRARD, 2006).

Da cooperação entre os clubes decorre a necessidade de equilíbrio esportivo entre os participantes. A qualidade do evento esportivo, seja uma partida ou campeonato, está diretamente relacionada com o equilíbrio entre as equipes. Assim como um filme cujo final é conhecido de antemão, um campeonato que é sempre vencido pelas mesmas equipes, tende a perder atratividade. E, com menor público, menor a capacidade de atrair recursos de publicidade. Assim, para maior qualidade do evento esportivo é importante que existam boas equipes em número suficiente para que haja algum nível de equilíbrio e rotatividade entre vencedores. O equilíbrio na distribuição das receitas dos direitos de transmissão é um elemento importante para alcançar o equilíbrio competitivo (OCDE, 2010).

É nesse sentido que os direitos de transmissão de eventos esportivos possuem peculiaridades, envolvendo preocupações concorrenciais que atraem a atenção de reguladores e autoridades de defesa da concorrência em todo o mundo.

Os serviços de transmissão também são considerados plataformas, as quais podem ser entendidas como serviços que operam em ambiente físico ou virtual (uma plataforma) para auxiliar dois ou mais grupos interdependentes a se encontrarem e interagirem (EVANS e SCHMALENSEE, 2016).

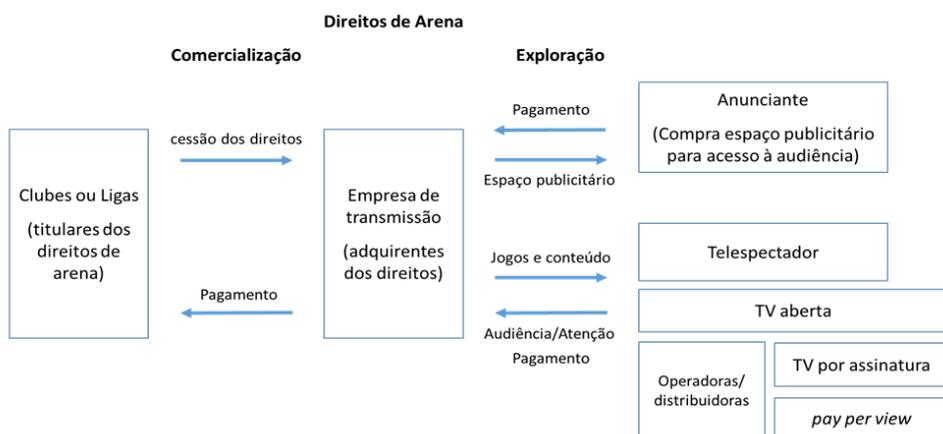
Uma plataforma é composta por um intermediador e por dois ou mais “lados” – agentes que dependem da plataforma para se conectar. Os lados da plataforma são interdependentes na medida em que as decisões dos agentes em um dos lados afetam outro, ainda que indiretamente. Os efeitos de rede, ou externalidades de rede cruzada, criam interdependência entre os lados⁸. Ou seja, o tamanho de um dos lados da plataforma possui efeitos importantes não só neste lado, mas também nos demais lados. Com isso é possível observar a existência de efeito retroalimentação, quando um dos lados da plataforma cresce ou reduz (SHELANSKI et. al, 2018).

8 A externalidade de rede, ou efeito de rede positivo ocorre quando um participante adicional em determinado grupo melhora a situação dos demais membros deste grupo. Por outro lado, um efeito de rede negativo ocorre quando participantes adicionais pioram a situação dos demais. No caso da externalidade cruzada, um participante adicional em grupo afeta a situação dos participantes dos demais grupos.

A plataforma não é intermediária neutro na estrutura de preços, podendo ajustar preços em ambos os lados de modo a potencializar o valor decorrente dos efeitos de rede, capturando parte do valor gerando pelas transações. Por exemplo, uma plataforma pode aumentar os preços de um lado para diminuir do outro, induzindo, por subsídio cruzado, o crescimento daquele lado, o que gera mais valor para o outro. Como resultado, a plataforma se torna mais atrativa para todos.

As plataformas são objeto de crescente atenção em função da ascensão da economia digital. Entretanto, as plataformas existem há um longo tempo na forma de (EVANS e SCHMALENSEE, 2016), de jornais e revistas, shoppings, supermercados ou cartões de crédito.

O serviço de transmissão de eventos esportivos é considerado uma plataforma de audiência, em que a emissora atua como intermediário que conecta sociedades esportivas, anunciantes e telespectadores. Os anunciantes buscam a atenção dos telespectadores por meio da audiência e pagam pelo espaço publicitário à emissora. Os telespectadores assistem aos jogos e em troca assistem aos anúncios publicitários. Os clubes de futebol promovem os jogos e recebem das emissoras o valor referente aos direitos de transmissão dos jogos. A emissora intermedia o interesse dos três grupos ao adquirir o direito de transmissão, prover conteúdo ao transmitir os jogos e vender espaço publicitário. A figura abaixo ilustra o funcionamento destes mercados.



Fonte: Elaboração própria.

De modo geral, o efeito de rede na plataforma de transmissão de eventos esportivos pode ser descrito da seguinte forma. Tudo o mais constante, quanto maior for o número de telespectadores, maior o valor do espaço publicitário das partidas para os anunciantes. Também, quanto maior a receita dos clubes, melhores as condições de formar uma equipe competitiva, o que atrai mais torcedores e telespectadores, retroalimentando positivamente todos os lados da plataforma (efeito de rede cruzado). Quanto maior a qualidade do campeonato, maior o interesse e maior a disposição a pagar dos telespectadores pelos jogos e dos anunciantes pela publicidade. Clubes de futebol com maiores torcidas ou melhores equipes tendem a atrair mais público e a ter seu direito de transmissão mais valorizado.

Nesse sentido, a emissora atua como agente que internaliza as externalidades de modo a gerar valor para os diferentes lados (MATTOS, 2012). Ciente deste efeito positivo de rede, a plataforma pode atuar sem cobrar dos torcedores, que em regra não pagam para assistir os jogos na TV aberta, como forma de aumentar o número de telespectadores e o valor para os anunciantes, que acabam por remunerar os clubes e o serviço de transmissão.

As preocupações concorrenciais relacionadas à venda de direitos de transmissão esportiva decorrem de acordos horizontais e verticais que podem restringir a concorrência tanto no mercado de eventos esportivos quanto de televisão. Acordos horizontais podem ocorrer no lado da demanda e da oferta. Pelo lado da oferta, a coordenação entre clubes pode ser entendida como cartel. A venda coletiva pode restringir a produção ou promover a venda casada de produtos. Entretanto, dada a lógica de interdependência e solidariedade entre os clubes, essa coordenação não é considerada um ilícito *per se* e a análise de conduta se dá caso a caso, pela regra da razão (TONAZZI, 2003; EVENS, 2013).

Pela ótica da demanda, os efeitos anticompetitivos de acordos de compra dependem do poder de mercado dos agentes que adquirem os direitos de transmissão. Por exemplo, a associação entre agentes com grande poder de mercado pode resultar em problemas concorrenciais, ao passo que a atuação conjunta de agentes menores, que não teriam condições de atuar isoladamente, tende a ter efeitos concorrenciais positivos.

Já restrições decorrentes de acordos verticais estão relacionadas

à lógica de venda dos direitos de transmissão com exclusividade, restringindo a concorrência no mercado e pelo mercado. A venda com exclusividade decorre do caráter perecível dos eventos esportivos, o que exige a transmissão ao vivo. A comercialização sem exclusividade reduz muito a atratividade da transmissão e o valor dos direitos (EVENS, 2013).

Também, a exploração com exclusividade dos direitos de transmissão é fonte importante de poder de mercado, podendo resultar em restrição à concorrência na programação esportiva e no mercado de TV por assinatura de forma mais ampla (EVENS, 2013). Dessa forma, um problema concorrencial pode surgir quando a exclusividade é negociada por longos períodos de tempo, podendo fechar o mercado, especialmente quando o adquirente dos direitos se encontra em posição dominante no mercado à jusante.

Assim, a análise da comercialização e exploração dos direitos de transmissão deve ser examinada caso a caso, considerando a duração, o escopo dos direitos comercializados e o poder de mercado, à montante e à jusante. Passa-se, a seguir, a analisar a regulação dos direitos de transmissão no Brasil e a descrever as mudanças propostas pela MP 984.

3. A regulação dos direitos de transmissão de eventos esportivos no Brasil

De acordo com a regulação vigente, o direito de transmissão ou direito de arena pertence aos clubes do evento esportivo. Dessa forma, ambas as equipes participantes devem autorizar a exibição de uma partida⁹. Assim, não há valor nos direitos de transmissão de um clube isoladamente e, portanto, nenhuma emissora estaria disposta a pagar qualquer valor pelos direitos de arena de apenas um clube.

A definição compartilhada do direito de arena confere um efeito de rede adicional no lado dos clubes. O valor dos direitos de

9 Conforme a redação do art. 42 da Lei 9.615/1998, pertence à entidade de prática desportiva mandante o direito de arena sobre o espetáculo desportivo, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, do espetáculo desportivo. Essa regra vigora desde 1973, com a Lei nº 5.988.

transmissão cresce exponencialmente com o crescimento do número de clubes. Em um campeonato de 20 equipes, se 10 comercializarem seus direitos para uma emissora de televisão e outras 10 para outra emissora, em um cenário sem direitos compartilhados, cada emissora poderia transmitir metade dos jogos. Contudo, na regra de direitos de arena compartilhados, apenas 50% dos jogos do campeonato poderiam ser transmitidos, sendo 25% por cada emissora, o que inviabiliza a transmissão se as equipes contrataram diferentes emissoras. Os outros 50%, assim, não poderiam ser transmitidos sem acordo entre as detentoras dos direitos, fenômeno de destruição de valor conhecido como “apagão” de jogos.

Esta situação ocorre na negociação dos direitos de transmissão para a TV por assinatura para os anos de 2019 a 2024. O Grupo Globo adquiriu os direitos de 12 clubes, enquanto a Turner¹⁰ adquiriu os dos 8 clubes restantes. Com isso, os jogos entre clubes cujos direitos foram negociados com empresas diferentes não podem ser transmitidos.

O resultado desta regulação compartilhada dos direitos de arena é a tendência de que apenas um único agente atue na transmissão, configurando um monopólio na compra dos direitos junto aos clubes e um monopólio na venda de espaços publicitários. Neste cenário os clubes podem decidir se vendem ou não seus direitos para uma emissora, mas não podem vendê-lo para outra emissora. Trata-se, portanto, de uma plataforma que tende a ser *single-homing*, em especial na TV aberta. Assim, a disputa no mercado pelos direitos de imagem é restrita, devendo-se assegurar que exista concorrência pelo mercado.

A MP 984/2020 alterou temporariamente a regulação do direito de arena, atribuindo-o exclusivamente à entidade de prática desportiva mandante. Com esta alteração, o direito de transmissão de cada partida passaria a pertencer apenas ao “clubes mandante”, sem a necessidade de autorização de ambas as equipes para a transmissão. Assim, não ocorreria mais o problema do apagão, já que todos os jogos de cada clube poderiam ser transmitidos independente da emissora contratada.

10 O Grupo Turner ou Turner Broadcasting System é a controladora do Esporte Interativo.

De acordo com a motivação MP¹¹, a alteração permitiria (1) maior número de transmissões, ao viabilizar novas formas de transmissão por plataformas diferentes, bem como (2) visa conferir maior autonomia aos Clubes na exploração dos direitos.

Verifica-se, que a depender da forma de apresentar a alteração legislativa pelo Governo¹², pelos Clubes¹³ e pelos opositores¹⁴ suas justificativas, o problema a ser resolvido pode apresentado sob diferentes perspectivas. Em síntese, podem ser identificados os seguintes problemas: a) sob a perspectiva do telespectador-consumidor, há restrição na oferta de jogos, com jogos que não podem ser transmitidos; b) sob a perspectiva da transmissão, existe uma tendência à monopolização da transmissão dos jogos de futebol, afastando a entrada de novos investidores; c) sob a perspectiva do equilíbrio competitivo, a negociação individual dos direitos de transmissão pelos clubes aumenta o desequilíbrio das receitas e afeta a competitividade do campeonato.

Passa-se, a seguir, a analisar como o SBDC tem atuado frente aos problemas concorrenciais relacionados aos direitos de transmissão de eventos de futebol para orientar a análise prospectiva dos efeitos da alteração na regulação dos direitos de transmissão.

4. A comercialização e exploração dos direitos de transmissão e a atuação do SBDC

A comercialização dos direitos de transmissão dos jogos de futebol tem sido objeto de atuação do SBDC, com implicações para a forma de negociação dos direitos de transmissão. Propõe-se para fins analíticos uma divisão em 3 fases na trajetória recente da comercialização dos direitos de transmissão de campeonatos de

11 EM nº 19/2020-MCID, que acompanha a Medida Provisória nº 984/2020.

12 Nota Técnica nº 90/2020/AS/SASOC/SAG.

13 Em manifesto conjunto de 16 clubes futebol da série A do campeonato brasileiro apoiando a alteração na regulação dos direitos de imagem. Disponível em link. Acesso em 20/08/2020.

14 Opositores da iniciativa criticam que alteração pode aumentar a desigualdade econômica entre os clubes, dado que grandes clubes estariam mais aptos a negociar individualmente contratos mais vantajosos. A disparidade de receita tenderia a reduzir o equilíbrio competitivo, prejudicando a qualidade do torneio.

futebol no país:

1997 - 2011: negociação coletiva por parte dos clubes, com venda em bloco de todas as mídias, com exclusividade para único agente. Sem concorrência no mercado e pelo mercado em todos os mercados, devido a fortes barreiras à entrada. Negociação coletiva com critérios menos desiguais de distribuição das receitas.

2012 - 2018: negociação individual por parte dos clubes, com venda de todas as mídias, com exclusividade para único agente. Sem concorrência no mercado e pelo mercado em todos os mercados, com critérios de distribuição de receita mais desiguais, baseados na capacidade de barganha de cada clube.

2019 - 2024: negociação individual por parte dos clubes, com venda na TV aberta e *pay-per-view*, com exclusividade, para único agente e na TV fechada para dois agentes. Sem concorrência no mercado e pelo mercado na TV aberta e *pay-per-view*. Com concorrência pelo mercado e no mercado de TV fechada, com perdas de valor decorrente dos apagões e distribuição de recursos mais equitativa na TV aberta e por assinatura.

A primeira fase foi encerrada em 2011, a partir do acordo do Cade com o Clube dos Treze e o Grupo Globo, encerrando a apuração iniciada em 1997. O PA nº 08012.006504/97-11 apurava a ocorrência infrações à ordem econômica a partir das seguintes condutas: (i) comercialização conjunta dos direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro pelos times a partir de 1997; (ii) exclusão de concorrentes pelo Clube dos Treze, devido à não-inclusão dos direitos de transmissão de alguns times não integrantes da associação; (iii) associação entre a TV Globo e Rede Bandeirantes para aquisição dos direitos de transmissão nas temporadas de 1997 a 1999; e (iv) estipulação de cláusulas de exclusividade e de preferência nos sucessivos contratos de cessão dos direitos de transmissão em televisão aberta e fechada.

A SDE entendeu que combinação entre venda conjunta de todas as mídias, exclusividade e preferências na renovação criava barreiras à entrada intransponíveis, eliminando qualquer concorrência pelo mercado ou no mercado. Como resultado, um único agente relevante perpetuava-se na exploração dos direitos de transmissão.

Embora não tenha ocorrido condenação pelo Cade em função do TCC firmado, o parecer da SDE e o voto condutor do Relator apresentam forte sinalização de ocorrência de infração à ordem

econômica na comercialização e exploração dos direitos de transmissão.

O mercado relevante, sob a dimensão produto, foi restrito à comercialização dos direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro¹⁵, segmentando-o em dois mercados, um para a TV aberta e outro para a TV fechada, incluído neste o *pay-per-view*.

Em linha com a literatura (OCDE, 2010), o voto destaca a importância do conteúdo futebol, diferenciando-o dos demais conteúdos de mídia. Para as emissoras, o acesso à programação dos jogos de futebol também é um ativo de difícil substituição, uma vez que na TV aberta, a variedade da programação é importante e o futebol é essencial para atrair o público masculino adulto, para obter elevados investimentos publicitários e também para contribuir para construir a imagem e fixar a marca da emissora.

No que tange à comercialização dos direitos de transmissão em regime de exclusividade, o Relator (Cade, 2010) pondera que a exclusividade elimina a concorrência no mercado, mas pode ser instrumento importante para valorizar os direitos e incentivar investimentos com externalidades positivas, evitando o efeito carona de outras emissoras.

Uma forma de minimizar o efeito negativo da exclusividade seria estimular a concorrência periódica, com um período máximo de 3 anos na comercialização. Assim, a ausência de concorrência “no mercado” pela exclusividade pode ser minimizada por maior concorrência “pelo mercado”. A própria exclusividade pode ser mitigada pela separação por mídias, por pacotes de jogos ou pelo sublicenciamento. Deste modo, a comercialização separada por mídia seria adequada para atribuir os direitos à empresa que mais os valoriza, ainda que uma mesma empresa adquirisse todas. Uma emissora de TV fechada, isoladamente, não tem interesse na mídia em TV aberta e um provedor de conteúdo tem interesse na mídia pela internet, mas não o tem nas mídias televisivas.

A cláusula de preferência revelou-se ineficiente e anticompetitiva ao suprimir a concorrência pelo mercado. O voto aponta que o

15 O Relator diferenciou o Campeonato Brasileiro das demais competições. O produto campeonato é representa mais do que a simples soma dos jogos, destacando-se como o maior campeonato no país, reunindo todos os principais clubes, com longa duração e regularidade na grade de horários, maior interesse do público, audiência e valores pagos pelos direitos de transmissão e pela publicidade.

mecanismo reduz os incentivos para que concorrentes apresentem propostas, assim como induz o beneficiário da cláusula a apresentar propostas menores ou nenhuma proposta. Em resultado, a empresa incumbente tende a se manter como detentora dos direitos com receitas menores para os clubes.

Destaca também o voto, o caráter pró-competitivo e a existência de eficiências na negociação conjunta pelos clubes, como a redução dos custos de transação; a natureza cooperativa do campeonato esportivo, que possui um valor maior do que o das partidas isoladas; e o maior equilíbrio esportivo pela distribuição de receitas mais equitativa.

Dessa forma, pelo TCC, a Globo e o Clube dos Treze deveriam realizar um leilão com critérios claros e objetivos para venda dos direitos de transmissão. O Clube dos Treze também se comprometeu a eliminar o direito de preferência a partir de 2011. A venda dos direitos deveria ser realizada separada por mídia, permitindo a concorrência de empresas de outros setores, não só emissoras de televisão. Por fim, criou-se uma regra de sublicenciamento, pela qual a sublicenciada poderia eleger a partida a ser divulgada.

Entretanto, as negociações dos direitos de transmissão para as temporadas seguintes (2012-2014) não ocorreram da forma prevista pelo acordo. Inicialmente, o Clube dos Treze propôs um leilão baseado apenas no menor preço, em que se conferia uma margem de preferência à Globo, a qual poderia arrematar os direitos com um lance até 10% inferior às demais. A cláusula foi considerada restritiva pelo Cade (Santos, 2019).

E, apesar da Rede TV ter apresentado a melhor proposta no leilão, o contrato não chegou a ser celebrado. A Globo conduziu negociações bilaterais com alguns clubes, minando a negociação coletiva centralizada no Clube dos Treze e firmou contratos com a maior parte dos clubes para as temporadas 2012-2015, antecipadamente renovados para o triênio 2016-2019, dando início à segunda fase.

Como por regulação os direitos de transmissão são partilhados, o direito de um clube, isoladamente, tem pouco valor. Assim, os clubes que não celebraram contrato com o Grupo Globo inicialmente não tiveram alternativa, senão celebrar posteriormente com menor poder de negociação. Desde então, as negociações ocorrem de forma individual.

Até a temporada de 2019, a Globo contratou com todos os clubes os direitos de transmissão para todas as mídias, com exclusividade. Em que pese o crescente valor global envolvendo os direitos de transmissão, as negociações individuais resultaram em maior disparidade de valores entre as equipes. Clubes com maiores torcidas passaram a receber, valores muito superiores aos de clubes menores¹⁶.

Já na terceira fase, nas negociações dos direitos para as temporadas a partir de 2019, houve concorrência pelos direitos de transmissão, mas apenas na TV por assinatura. Com uma proposta diferente de remuneração, mais equilibrada entre os clubes, a Turner, controladora do Esporte Interativo, propôs remuneração distribuída de forma mais equânime entre os clubes, sendo 50% divididos igualmente entre todos, 25% divididos conforme a audiência dos jogos e 25% de acordo com posição no campeonato.

A Turner celebrou contrato com 8 clubes, ao passo que 12 clubes continuaram a contratar com o Grupo Globo. A Globo celebrou os contratos para TV aberta, *pay-per-view* e *streaming* com a quase totalidade dos clubes, sem concorrentes no mercado destas mídias. Os contratos têm duração de 6 anos, vigentes até 2024.

Ainda no final de 2016, a SG/Cade instaurou um Procedimento Preparatório¹⁷ para acompanhar essas negociações. Buscava-se identificar se a Globo, ao negociar os direitos para a TV aberta e *pay-per-view*, discriminava os Clubes que celebraram contratos com a Turner para a TV por assinatura. Neste caso, havia o risco da empresa dominante nos mercados de TV aberta e *pay-per-view*, usar de seu poder de mercado para dificultar a concorrência no mercado de TV por assinatura. Apesar de fator redutor nos contratos da Globo com os clubes que assinaram com a Turner, o procedimento foi arquivado em 2019.

É possível propor que a regulação por direitos de transmissão compartilhados teve forte impacto na decisão dos clubes de celebrar com o Grupo Globo para as temporadas 2012 em diante, dado que individualmente não teriam opção para comercialização com outras

16 A remuneração dos clubes com maior receita de direitos de arena em 2008 era 3,8 vezes maior do que a de clubes com a menor receita. No período 2016-2018 essa diferença saltou para 7,4 vezes (Santos, 2019).

17 Procedimento Preparatório nº 08700.000721/2016-18.

emissoras. Em outras palavras, é possível argumentar que, em um cenário regulatório de direitos de arena individuais nos moldes previstos pela MP 984/20, uma única emissora teria dificuldades de celebrar contratos com todos os Clubes e, possivelmente, o Clube do Treze teria mais condições de continuar a intermediar os interesses das equipes que não negociaram individualmente com a Globo.

Para a negociação dos direitos de transmissão a partir de 2019, com uma concorrência pelo mercado e no mercado pela transmissão dos jogos na TV por assinatura, os efeitos dos direitos de arena compartilhados ficaram mais evidentes.

Para que um jogo possa ser transmitido, há necessidade de que os direitos de transmissão de ambas as equipes pertençam à mesma empresa, ou que haja acordo entre as proprietárias. Atualmente, o Grupo Globo pode transmitir 132 jogos na TV por assinatura e a Turner pode transmitir 56 partidas. As duas emissoras, em conjunto, podem então transmitir um total de 188 jogos, menos da metade do total de 380 partidas do Campeonato Brasileiro. Assim, mais da metade dos jogos estão sujeitos ao apagão, uma destruição de valor que revela a ineficiência decorrente da externalidade de rede gerada pelo direito de arena compartilhado. Considerando que a TV aberta transmite apenas um jogo por rodada (10% do campeonato) o acesso de muitas das partidas fica restrita ao *pay-per-view*.

Enquanto empresa dominante, que detém a maior parte dos direitos de transmissão, seja pela TV aberta, *pay-per-view* e mesmo na TV por assinatura, não parece ser interessante à Globo construir qualquer acordo com a Turner para evitar os apagões. Os direitos de transmissão compartilhados revelam-se, assim, uma forte barreira à entrada para a concorrência no mercado. A ausência de acordo para se evitar os apagões é uma forma de fazer valer essa barreira por parte da empresa dominante.

Assim, quando há direitos de arena compartilhados, a tendência é que o equilíbrio no mercado se dê com apenas um agente na transmissão. Não será surpresa, caso a regra dos direitos compartilhados se mantenha, a ausência de concorrência no mercado a partir de 2025, dado que é mais eficiente do ponto de vista da exploração dos direitos, em que pese os efeitos deletérios para os clubes e os anunciantes.

Outra consequência da concorrência pelo mercado e no mercado decorrente das negociações dos direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro a partir de 2019 na TV por assinatura foi a mudança na forma de remuneração dos Clubes. Com a proposta de distribuição da receita pela Turner, baseada nos exemplos europeus em que a negociação por parte dos clubes ocorre de forma coletiva, o Grupo Globo propôs lógica semelhante¹⁸.

A partir desta forma de remuneração, o poder de barganha individual de cada clube deixa de ser a principal forma de aumentar suas receitas. O clube mais popular provavelmente terá mais partidas veiculadas e uma receita maior. Entretanto, estima-se que a diferença entre os clubes na TV aberta e por assinatura seja de no máximo duas vezes. Assim, caso os clubes queiram majorar suas receitas, a tendência é que tenham que se unir para negociar coletivamente e “fazer o bolo crescer”, uma vez que a fórmula de remuneração impõe restrições ao aumento da participação de cada clube.

Os contratos vigentes têm duração de 6 ou mais anos, englobando as temporadas de 2019 a 2024. Na prática, os contratos anteriores também duraram 6 anos, sendo inicialmente o período de 2012-2015, prorrogados para 2016-2018. A experiência internacional tem indicado que, contratos muito longos (com mais de 3 ou 4 anos) em regime de exclusividade, reduzem substantivamente a concorrência pelo mercado. Eventuais custos afundados, como investimentos em equipamentos e novas tecnologias de transmissão podem ser remunerados em um período de 3 anos (OCDE, 2010). Assim, os contratos muito longos podem ser considerados anticompetitivos, especialmente se celebrados com apenas uma empresa e exclusividade, como ocorre na TV aberta e no *pay-per-view* no Brasil, quando não há concorrência no mercado.

Em setembro de 2020, a SG/Cade instaurou novo Inquérito Administrativo¹⁹ para apurar a ocorrência de infração à ordem econômica na negociação dos direitos de transmissão para as

18 Esta lógica se aplica à TV aberta e à TV por assinatura, reduzindo a disparidade de receita entre os clubes nesta mídia, o que pode contribuir para um maior equilíbrio competitivo. Para o *pay-per-view*, os recursos são distribuídos a partir da preferência dos assinantes (Capelo, 2020; Santos 2019).

19 Inquérito Administrativo nº 08700.004453/2019-48, Nota Técnica SEI 0802187.

temporadas 2019-2024. As condutas investigadas envolvem justamente (i) a ausência de acordos entre empresas detentoras dos direitos de transmissão; (ii) açambarcamento de direitos de transmissão, quando o detentor não transmite os eventos esportivos ou transmite apenas um pequeno número de partidas; (iii) fechamento de mercado e exercício de poder de monopólio diante da exploração dos direitos de propriedade com exclusividade; (iv) limitação do acesso a novas empresas ao mercado; (v) disputas judiciais para impedir que a Turner transmita jogos de clubes que assinaram com a Globo²⁰; e (vi) discriminação arbitrária de preços pela Globo, a qual estaria reduzindo o valor dos direitos de transmissão na TV aberta e no *pay-per-view*, aos clubes que contrataram direitos de transmissão com a Turner para a TV por assinatura²¹.

Assim, o que se verifica é a existência permanente, desde 1997, de iniciativas de acompanhamento e apuração da conduta de agentes no mercado de transmissão e exploração dos direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro de Futebol, o que sinaliza a existência de preocupações concorrenciais neste setor.

A alteração na regulação dos direitos de propriedade dos direitos de transmissão da MP nº 984/2020, poderia inaugurar a quarta fase na regulação dos direitos de transmissão.

5. Efeitos potenciais da mudança regulatória dos direitos de transmissão

A análise concorrencial neste caso não pode perder de vista o acesso do consumidor-telespectador ao serviço, sendo o seu bem-estar o objetivo principal da Lei Antitruste. Atualmente, 79% dos brasileiros tem acesso às transmissões de jogos de futebol apenas pela TV aberta, a qual transmite apenas um jogo por rodada (10% do total).

20 Em 2020, com os contratos em vigor, a MP 984 alterou provisoriamente a titularidade dos direitos de transmissão. Entretanto, com os contratos vigentes, firmados com a vigência da Lei anterior, verifica-se insegurança jurídica quanto à possibilidade de se aplicar a nova regra antes de 2024. Elementos jurídicos acerca da aplicabilidade da MP 984 aos contratos vigentes fogem ao escopo do presente trabalho.

21 A SG/Cade também dedica atenção à MP 984/2020, destacando potenciais efeitos positivos, como a solução para o problema dos “apagões” e a maior possibilidade de entrada de novos agentes no mercado.

A restrição na oferta de jogos é, possivelmente, consequência da concentração de mercado e traz efeitos deletérios para todos os agentes, com exceção da detentora dos direitos com exclusividade. Para os clubes, há redução da exposição à marca, com menor acesso dos fãs. Para os patrocinadores, a restrição de jogos aumenta o valor dos espaços de publicidade. Para os torcedores, a opção de acesso aos jogos de seu time é menor.

Existem fortes restrições à concorrência no mercado e pelo mercado na comercialização de direitos de transmissão no Brasil. Os contratos são longos (6 anos), negociados de forma pulverizada e prorrogados com muita antecedência, sem opção de comprador alternativo para a TV aberta e *pay-per-view*, que concentram a maior receita.

Nesse sentido, convém analisar como a mudança na titularidade dos direitos de transmissão poderia afetar o mercado de comercialização e exploração dos direitos de transmissão em termos de concorrenciais.

Quando os direitos são comercializados com um único *player* que passa a deter o direito de explorá-los com exclusividade, a concorrência pelo mercado é tão maior quanto maior a competição entre agentes para aquisição dos direitos. Assim, as principais medidas para reduzir as barreiras à entrada são a restrição nos prazos dos contratos com exclusividade, impedindo contratos com mais de quatro anos; a realização de leilões sem prorrogação automática dos contratos ou cláusulas de preferência; e a restrição ao sublicenciamento entre empresas concorrentes no leilão (OCDE, 2010; AdC, 2019).

A princípio, a mudança na regulação dos direitos de transmissão em pouco afeta a concorrência pelo mercado, já que neste caso, um único agente continuará dominando o mercado, havendo concorrência discreta em alguns momentos no tempo.

A alteração da titularidade dos direitos de transmissão tem maior impacto especialmente quando convivem no mercado mais de um agente, ou seja, quando os direitos podem ser comercializados com mais de um agente e há concorrência no mercado.

Pela regra de titularidade compartilhada dos direitos de transmissão, os clubes negociam em um comportamento típico de manada. Uma vez que os primeiros e principais clubes fecham acordo com uma emissora, o custo de negociar com a concorrente

aumenta e a principal estratégia para os demais é negociar com a mesma emissora. Com isso, os clubes perdem poder de barganha e os direitos são negociados por valores menores.

Cabe à emissora incumbente assegurar sempre a renovação dos contratos com o máximo de clubes, com a maior antecedência possível. Assim, o custo de entrada de um novo *player* é sempre alto. Mesmo quando um novo *player* resolve arcar com os custos de entrada, como ocorreu na negociação dos direitos do Campeonato Brasileiro na TV por assinatura para as temporadas 2019-2024, a emissora incumbente ainda domina os mercados na TV aberta e TV fechada. O (ab)uso desse poder nestes dois mercados também pode ser utilizado para reduzir ainda mais a concorrência no mercado em disputa.

Algumas medidas são recomendadas para aumentar a concorrência no mercado, como a divisão dos direitos em pacotes, vendidos separadamente, e a exigência de venda para mais de um comprador (cláusula *no single buyer*), como recomendado pela SDE (2008) e ocorre na *Premier League* (OCDE, 2010).

Entretanto, essas medidas teriam pouco efeito diante da regra de direitos de arena compartilhados. A maior concorrência no mercado, nestes casos, resultaria em “apagões” de jogos, com ineficiência e redução do bem-estar, como ocorre na TV por assinatura.

Existem diversos arranjos de regulação, comercialização e exploração de direitos de transmissão de eventos esportivos em outros países. Entretanto, nenhum deles se assemelha ao Brasil ao conciliar negociação individual e direitos de arena compartilhados (Capelo, 2019 e Cade, 2020). Essa combinação é especialmente restritiva sob a perspectiva concorrencial, resultando em (i) restrição na oferta de jogos; (ii) barreiras à entrada que reduzem a concorrência no mercado; e (iii) desequilíbrio competitivo entre os clubes.

No caso dos clubes esportivos, as autoridades de defesa da concorrência relativizam os efeitos negativos da negociação coletiva, em razão de eficiências como o equilíbrio competitivo e também da natureza colaborativa do esporte e seus aspectos culturais e éticos (OCDE, 2010). Em alguns países, a negociação coletiva é imposta por regulação (França e Espanha). Em outros, a negociação chegou a ser proibida (Itália), mas o desequilíbrio de receita decorrentes da negociação individual fez com que o modelo de negociação coletiva

voltasse a ser adotado (Santos, 2019).

A *Premier League* na Inglaterra adota a negociação coletiva e a comercialização com exclusividade foi objeto de intervenção da Comissão Europeia, o que resultou na instituição de leilão de venda transparente e não discriminatório, que exclui a compra por único agente de todos os direitos. Mesmo em Portugal, onde a negociação é individual e apontada como modelo na motivação da MP 984, a Autoridade da Concorrência (2019) sugeriu mudança para negociação coletiva, a adoção de leilões e a venda por pacotes.

Em que pese não haver imunidade antitruste no Brasil, o SBDC também já teve a oportunidade de analisar a negociação coletiva entre clubes e não identificou uma infração. A principal crítica à instituição da propriedade de direitos de transmissão ao clube mandante no Brasil reside na perpetuação da negociação individual entre os clubes. Assim, cumpre indagar se (i) o modelo individual dificulta a instituição de uma negociação coletiva entre os clubes; e se, (ii) uma vez instituída a negociação coletiva, a coordenação entre os clubes seria mais instável.

A instituição da negociação coletiva impõe custos de curto prazo para os clubes mais populares. Esses clubes possuem maior poder de barganha e são capazes de obter maior receita na comercialização de seus direitos em relação aos rivais. Não à toa, são estes os clubes que protagonizaram a negociação que deu fim do Clube dos Treze.

Enquanto o poder de barganha individual oferecer retornos muito diferenciados, dificilmente uma negociação coletiva envolvendo todos os clubes será instituída no Brasil. Entretanto, a mudança na forma de remuneração inaugurada para as temporadas de 2019-2024 pode representar uma virada na forma como os clubes negociam, uma vez que para aumentar a sua receita, o clube deve obter melhores resultados ou aumentar o total de recursos. A principal forma de aumentar os recursos seria negociando coletivamente.

Como colocado, com os direitos compartilhados, há também custos mais altos para a entrada de concorrentes interessados na compra dos direitos de transmissão. Aos clubes menores, mesmo que conjuntamente, lhes resta negociar direitos de menor valor a um *player* em posição de dominância. A mudança na regulação facilitaria que clubes menores pudessem negociar seus direitos em grupo. Como seus direitos possuiriam maior valor, dado que não haveria “apagões” e os jogos com clubes maiores seriam incluídos,

a negociação conjunta poderia aumentar o poder de barganha. O simples incentivo de aumento de receita decorrente de maior poder de barganha, seria suficiente para que alguns clubes se organizassem para negociar e comercializar coletivamente.

Quanto maior e mais coeso esse grupo de clubes negociando em conjunto, maior o retorno potencial. Seria possível também a formação de diferentes grupos de clubes. A tendência seria o de crescimento desses grupos, culminando por incorporar até os mais populares, uma vez que o maior retorno obtido incentivaria a união.

Uma vez negociando em conjunto, a individualização dos direitos de arena tem efeitos incertos sobre a estabilidade do grupo. Com os direitos pertencentes ao clube mandante, um clube poderia vir a abandonar a negociação coletiva. Ele poderia perder o poder de negociação coletivo, mas os seus direitos ainda teriam algum valor. Por outro lado, daria um maior poder de influência aos clubes menores no arranjo coletivo, pois teriam alternativa viável à negociação coletiva. Mas, uma vez rompido o arranjo coletivo, logo os incentivos à coordenação atuariam para que os clubes voltassem se coordenar²².

Assim, é possível argumentar que a alteração na regulação para atribuir o direito de transmissão ao clube mandante não é incompatível com a negociação coletiva. Pelo contrário, ela tende a favorecer a reunião entre os clubes num primeiro momento.

A experiência internacional demonstra que é possível ter clubes com direitos de transmissão atribuídos individualmente negociando coletivamente. Por outro lado, a negociação coletiva não é realidade na negociação dos direitos do Campeonato Brasileiro. Enquanto não acontece, a regulação de direitos de transmissão compartilhados reduz a concorrência no mercado e cria ineficiências, decorrente da redução de valor dos direitos, redução na oferta e dos apagões de transmissão.

Sob a perspectiva de ganhos de bem-estar, a mudança regulatória na titularidade dos direitos de transmissão poderia trazer mais concorrência e eficiência para a próxima rodada de negociações

22 Já a regulação por direitos de transmissão compartilhados pode levar a uma coordenação mais estável. Os clubes individualmente teriam dificuldade de abandonar o grupo, uma vez que isoladamente, mesmo os direitos de um clube popular, não tem valor algum. Entretanto, uma vez rompida a coordenação, há maior dificuldade de nova reunião entre as equipes. A realidade atual demonstra essa dificuldade.

para as temporadas de 2025 em diante. Maior concorrência pelo mercado e no mercado teria efeito relevante para as transmissões de eventos esportivos. A mudança tecnológica continua acelerada e o *streaming* tende a ganhar relevância enquanto mídia de transmissão, podendo vir a ser um substituto viável aos meios tradicionais.

Nesse sentido, é importante que haja concorrência para que ao menos uma franja desses mercados possa ser disputada por grupos que provém conteúdo pela internet, de modo a testar e desenvolver essa tecnologia²³. A regulação dos direitos de arena atribuídos aos mandantes, poderia reduzir a barreira à entrada na venda de direitos para esses grupos.

Além disso, deve-se considerar o benefício para o torcedor-telespectador-consumidor. O equilíbrio entre os mercados de TV aberta, TV por assinatura e *pay-per-view* pode ser alterado. Atualmente, o equilíbrio é definido pela Rede Globo, que domina os três mercados e distribui a oferta entre a TV aberta e por assinatura de modo a maximizar sua receita. Com isso, a oferta de jogos na TV aberta, única forma de acesso para cerca de 80% da população é reduzida. Perdem os consumidores, com o menor acesso aos jogos; os clubes, com a menor exposição de sua marca; e os anunciantes, com menor oferta e maiores valores de espaços publicitários.

Assim, com a mudança regulatória, o poder de definir a oferta e, conseqüentemente, o equilíbrio entre os mercados de cada uma das mídias não ficaria mais sob o domínio de um único agente. Com maior concorrência no mercado, inclusive na TV aberta a tendência é que se amplie a oferta de jogos na TV aberta e se reduzam os custos para acesso pela TV por assinatura ou *pay-per-view*, beneficiando o telespectador-consumidor.

Sob a ótica do equilíbrio competitivo, ainda que a alteração legislativa possa não trazer diretamente um equilíbrio de receitas, os incentivos à negociação coletiva podem ser intensificados, permitindo arranjos menores de clubes, com maior poder de barganha.

23 Uma experiência nesse sentido é a aquisição pela Amazon do menor pacote de jogos da *Premier League*. Esta experiência apenas tem sido possível pela divisão, em pacotes, dos direitos negociados coletivamente.

Considerações finais

A comercialização e exploração de direitos de transmissão de eventos esportivos são essenciais para o desenvolvimento do esporte e da televisão. Entretanto, a transmissão de eventos esportivos possui peculiaridades - perecibilidade, exclusividade, não rivalidade, cooperação entre os clubes -, que podem resultar em arranjos ineficientes, que justificam a atuação regulatória e a intervenção de autoridades concorrenciais.

O presente trabalho revela que a comercialização dos direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro de Futebol, mesmo tendo sido objeto de longa atenção do SBDC, apresenta problemas concorrenciais, observados a partir da (i) restrição de oferta de jogos, especialmente na TV aberta, o que dificulta o acesso da maior parte dos telespectadores aos jogos do time de preferência; (ii) baixa concorrência pelo mercado e no mercado, com o perpetuação do mesmo grupo econômico dominando todas as mídias de transmissão; e (iii) crescente desigualdade de receitas entre os clubes, o que pode comprometer o equilíbrio competitivo e a qualidade do torneio.

A MP nº 984 acendeu a discussão sobre os potenciais efeitos da mudança nos direitos de propriedade relativos aos direitos de transmissão atribuindo-o à equipe mandante. Este trabalho procurou analisar as características dos direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro e a trajetória recente desses mercados, com o objetivo discutir os principais efeitos dessa potencial mudança na legislação.

Sugere-se que a regra de compartilhamento da titularidade dos direitos de transmissão entre as equipes da partida dificulta a concorrência no mercado, ao aumentar a barreira à entrada no mercado e ao reduzir a possibilidade de exploração dos direitos de partidas entre equipes parceiras de diferentes emissoras (“apagões”).

A nova regra também reduz o valor dos direitos de uma equipe que, ao negociar isoladamente, perde grande parte de seu poder de negociação. O resultado desse processo de negociação individual é o desequilíbrio de receitas em favor dos clubes mais populares e o fortalecimento da emissora incumbente, que se apropria da receita excedente e se perpetua no domínio dos mercados.

Na maior parte dos países a titularidade dos direitos de transmissão é atribuído à equipe mandante, ainda que os direitos sejam negociados coletivamente. Esta regra não exclui a possibilidade de coordenação entre os clubes.

Em um cenário em que os clubes negociam coletivamente, a alteração nas regras de titularidade dos direitos de transmissão teria poucos efeitos. A negociação coletiva possui vantagens como o aumento do valor dos direitos de transmissão e maior equilíbrio na receita dos clubes. Nesta hipótese, caberia à autoridade de defesa da concorrência analisar, sob a regra da razão, os possíveis efeitos anticompetitivos decorrente dessa coordenação horizontal entre os clubes. As experiências nacional e internacional apontam para a impossibilidade de renovação automática dos contratos e da estipulação de cláusulas de preferência, para a necessidade de realização de leilões com regras claras e a divisão dos direitos em pacotes comercializados separadamente.

Entretanto, o Brasil é o único país que conjuga negociação individual e compartilhamento dos direitos de imagem entre a equipe mandante e visitante. Essa combinação resulta em problemas concorrenciais e ineficiências.

Dada essa realidade, a alteração da regulação dos direitos de arena para atribuir sua titularidade à equipe mandante poderia reduzir as barreiras à entrada e aumentar a concorrência no mercado, conferindo maior poder de negociação aos clubes e aumento dos valores dos direitos de transmissão. Haveria, ainda, incentivos econômicos para que os clubes se organizassem para negociar coletivamente os seus direitos.

Por fim, a maior concorrência no mercado e o fim dos “apagões” de jogos poderia aumentar a oferta de jogos na TV aberta, aumentando o acesso do consumidor-telespectador aos jogos do seu time de preferência.

Referências

AdC, Autoridade da Concorrência. Recomendação relativa a alterações na comercialização dos direitos de transmissão televisiva e multimídia da Primeira e Segunda Ligas de futebol. Lisboa, 2019. Disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Recomendacoes_e_

Pareceres/Documents/Recomenda%C3%A7%C3%A3o%20relativa%20a%20altera%C3%A7%C3%B5es%20na%20comercializa%C3%A7%C3%A3o%20dos%20direitos%20de%20transmiss%C3%A3o%20televisiva%20e%20multim%C3%A9dia.pdf. Acesso em 21/08/2020.

BBA, Itaú. Análise Econômico-Financeira dos Clubes Brasileiros. Julho de 2020.

Cade, 2010. Voto do Conselheiro Relator César Alves Costa de Mattos no âmbito dos Requerimentos nº 08700.005044/2010-21 e 08700.005060/2010-13.

Casa Civil. Nota Técnica nº 90/2020/AS/SASOC/SAG da Subchefia de Análise a Acompanhamento de Políticas Governamentais.

Capelo, Rodrigo. Como as maiores ligas europeias negociam direitos de transmissão e distribuem verba entre clubes? Compare com o futebol brasileiro. Blog do Rodrigo Capelo, 2020. Disponível em <https://globoesporte.globo.com/blogs/blog-do-rodriigo-capelo/post/2020/06/25/como-as-maiores-ligas-europeias-negociam-direitos-de-transmissao-e-distribuem-verba-entre-clubes-compare-com-o-futebol-brasileiro.ghtml>. Acesso em 10/07/2020.

Comissão Europeia, Sumário da Decisão de 22/03/2006 no caso COMP/38.173 - venda conjunta dos direitos de média da Premier League (notificado sobre o documento número C(2006) 868). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52008XC0112%2803%29>. Acesso em 01/07/2020.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. Matchmakers: The new economics of multisided platforms. Harvard Business Review Press, 2016.

EVENS, Tom; IOSIFIDIS, Petros; SMITH, Paul. The political economy of television sports rights. Springer, 2013.

GERRARD, Bill. Competitive balance and the sports media rights market. The economics of sport and the media. Edward Elgar, Northampton, MA, p. 26, 2006.

MATTOS, César. Broadcasting football rights in Brazil: the case

of Globo and Club of 13 in the antitrust perspective. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 42, n. 2, p. 337, 2012.

MATTOS, Rodrigo. Como aumentou a importância do futebol na renda da Globo. Blog do Rodrigo Mattos. Setembro de 2019. Disponível em <https://rodrigomattos.blogosfera.uol.com.br/2019/09/19/saiba-como-aumentou-a-importancia-do-futebol-na-renda-da-globo>. Acesso em 01/08/2020.

Ministério da Cidadania. Exposição de Motivos nº 19/2020-MCID, que encaminha a MP nº 984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-984-20.pdf. Acesso em 01/08/2020.

OCDE. Roundtable on Competition and Sports. 2010. DAF/Comp (2010)39. Disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-sports-2010.pdf>. Acesso em 01/08/2020.

SANTOS, Anderson David Gomes. Os Direitos de Transmissão do Campeonato Brasileiro de Futebol. 1ª ed. Curitiba: Appris, 2019.

SDE, Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Parecer emitido no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.006504/97-11. Abril, 2008.

SHELANSKI, H.; KNOX, S.; DHILLA, A. Network effects and efficiencies in multi-sided markets. *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, p. 189, 2018.

TONAZZI, Alessandra. Competition policy and the commercialization of sport broadcasting rights: the decision of the Italian Competition Authority. *International Journal of the Economics of Business*, v. 10, n. 1, p. 17-34, 2003.

O papel da função regulatória da licitação na promoção da concorrência em setores de infraestrutura: o caso dos leilões de terminais portuários na vigência da Lei nº 12.815/2013

Vinicius Luciano Toledo dos Santos¹

RESUMO

O mercado de terminais portuários, caracterizado pela presença de um ou poucos agentes econômicos por mercado relevante, leva a uma estrutura de mercado concentrada, que tende a conceder posição dominante às empresas que exploram esses ativos, observando-se a ocorrência da falha de mercado de falta de competição. A função regulatória da licitação consiste na imposição de restrições à participação de agentes econômicos no edital de um dado leilão, *ex ante*. Como a aplicação dessa ferramenta regulatória representa uma medida pró-competitiva, o presente trabalho tem por objetivo compreender se a aplicação da função regulatória da licitação nos leilões de terminais portuários na vigência da Lei nº 12.815/2013 tem sido apropriada para mitigar a falha de mercado de falta de concorrência nesse mercado. Os resultados da pesquisa, todavia, refutaram o cenário esperado de adequação do uso da ferramenta em questão para a redução da falha de mercado de falta de concorrência.

Palavras-chave: função regulatória da licitação; concorrência; terminais portuários; falha de mercado de falta de competição; restrição à participação de empresas em leilões.

1 Pós-graduado em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pelo FGV In Company da Fundação Getúlio Vargas (2020) e bacharel em Administração Pública pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – EAESP/FGV (2005) – Superintendência Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). E-mail: viniciusluciano12@yahoo.com.br.

ABSTRACT

The port terminal market is characterized by the presence of one or a few economic agents in each relevant market, leading to a concentrated market structure, which tends to grant a dominant position to companies that exploit these assets, observed by the occurrence of market failure due to lack of competition. The regulatory hole of government procurement consists of imposing constraints on the participation of economic agents in a given auction, ex ante. The aim of this paper is to understand whether the use of the regulatory hole of government procurement in port terminals' auctions under Law N.12.815/2013 has been appropriated to mitigate the market failure due to lack of competition in this market. The results, however, refuted the expected scenario of the adequacy in the use of the regulatory hole of government procurement to reduce market failure due to lack of competition.

Keywords: regulatory hole of government procurement; competition; port terminals; market failure due to lack of competition; constraints on the participation of companies in auctions.

Sumário: 1. Introdução; 2. Função regulatória da licitação e sua aplicação no mercado de terminais portuários; 3. Metodologia de pesquisa; 4. Resultados alcançados; Conclusão; Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O mercado de terminais portuários congrega a prestação de serviços movimentação e armazenagem de cargas em portos brasileiros, segundo a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa econômica (“Cade”)². De acordo com a atual Lei dos Portos – Lei nº 12.815/2013, a regulação do setor cabe à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (“Antaq”)³. O mercado de terminais portuários, dentre outras características que o torna

2 Conforme consta na Seção 4.1.1.1 do documento “Cadernos Cade – Mercados de Serviços Portuários” (CADE, 2017, p. 34 a 36).

3 Considerando as competências e atribuições listadas no art. 27 da Lei nº 10.233/2001 (BRASIL, 2001).

peculiar, é caracterizado pela presença de um ou poucos agentes econômicos em cada mercado relevante - pela dimensão de produto e geográfica, levando a uma estrutura de mercado concentrada. Tal estrutura de mercado tende a conceder posição dominante às empresas que exploram os ativos portuários em tela, observando-se, portanto, a ocorrência da falha de mercado de falta de competição.

Nesse ambiente, quando da outorga de terminais portuários a particulares, a regulação desse mercado vale-se, dentre outros meios, da função regulatória da licitação. Essa ferramenta regulatória consiste na imposição de restrições à participação de agentes econômicos no edital de um dado leilão, *ex ante*. Dessa forma, afasta-se da disputa pelo objeto licitado players que já possuam posição dominante no mercado relevante em questão, de modo a mitigar a falha de mercado da falta de competição⁴. Nessa linha, a finalidade da aplicação da função regulatória da licitação mostra-se pró-concorrencial. Oportuno registrar que, por força da legislação vigente, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), por intermédio da Secretaria de Assuntos Econômicos do Ministério da Fazenda (Seae/MF)⁵, posiciona-se recorrentemente na fase preparatória dos processos de outorgas de terminais

4 No que se refere à outorga de terminais portuários no porto organizado, uma vez que a outorga de terminais portuários fora dos portos organizados dispensa a realização de procedimentos licitatórios (BRASIL, 2013a).

5 A Lei de Defesa da Concorrência (“LDC”) – Lei nº 12.529/2011, em seu art. 19, refere-se à Secretaria de Acompanhamento Econômico (“Seae”), naquela oportunidade, órgão do Ministério da Fazenda (“MF”). No período de abrangência desta pesquisa, entre 2017 e 2020, inicialmente, o papel previsto na LDC foi exercido pela Seae/MF. A partir de janeiro de 2018, com a publicação do Decreto nº 9.266/2018, que extinguiu a Seae/MF, o papel da mencionada secretaria relacionado ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) passou a ser desempenhado pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (“Seprac”), subordinada ao MF. A partir de janeiro de 2019, com a publicação do Decreto nº 9.679/2019 – substituído pelo Decreto nº 9.745/2019, esse papel no SBDC passou a ser realizado pela Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade, na estrutura da Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade, órgãos subordinados ao atual Ministério da Economia, que, com a edição da Medida Provisória (“MP”) nº 870/2019, de 01/01/2019 – convertida na Lei nº 13.844/2019, passou a englobar as estruturas do MF, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços e do Ministério de Trabalho. Considerando as recentes alterações de nome e estrutura da secretaria que compõe o SBDC, este trabalho utilizará o nome consagrado

portuários pela perspectiva da promoção da concorrência⁶.

Diante desse quadro e considerando o conjunto de leilões de instalações portuárias realizados recentemente, com a utilização de regras editalícias restringindo a participação de agentes econômicos em parte desses certames, este trabalho busca responder a seguinte pergunta: a aplicação da função regulatória da licitação nos leilões de terminais portuários na vigência da atual Lei dos Portos - Lei nº 12.815/2013 - tem sido apropriada para mitigar a falha de mercado de falta de competição nesse merca/do?

Dada a característica pró-competitiva da aplicação da função regulatória da licitação e a participação do SBDC, mesmo que em caráter consultivo, na fase preparatória desses processos de outorgas de terminais portuários em portos organizados, o cenário esperado para o resultado da pesquisa é o de adequação do uso da ferramenta regulatória para a redução da falha de mercado de falta de concorrência.

Nesse contexto, o método para o alcance do resultado da pesquisa consiste na definição de uma amostra de editais de licitação em que se verificou, pelo menos, discussão entre as instituições públicas envolvidas no processo sobre a restrição à participação de agentes econômicos em um determinado leilão, seguido pela análise de documentos públicos afetos a esses certames produzidos por Antaq, poder concedente setorial⁷, Seae/MF e Tribunal de Contas da União ("TCU").

Isso posto, o presente artigo se organiza, além desta introdução, em mais quatro capítulos. No primeiro deles, apresenta-se um breve referencial da função regulatória da licitação e sua aplicação no mercado de terminais portuários. Em seguida, expõem-se os

6 Com base na competência legal prevista no art. 19 da Lei de Defesa da Concorrência ("LDC") - Lei nº 12.529/2011, a saber: "Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte: I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas; (...) VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo." (BRASIL, 2011).

7 No momento de elaboração deste trabalho, o poder concedente setorial é exercido pelo Ministério da Infraestrutura ("MInfra").

procedimentos metodológicos utilizados no presente trabalho. Adiante, os resultados da pesquisa realizada serão demonstrados. Por fim, as conclusões do trabalho buscam responder o problema de pesquisa proposto.

2. Função regulatória da licitação e sua aplicação no mercado de terminais portuários

O papel da função regulatória da licitação consiste na inserção de elementos de natureza concorrencial em processos licitatório, *ex ante*, a fim de se desenhar uma estrutura de mercado *ex post*, por intermédio da inserção de cláusulas restritivas de participação de empresas em processos licitatórios. Os objetos sob os quais recai a função regulatória da licitação são as concessões da exploração de serviços públicos ou de bem público pela iniciativa privada no longo prazo, conforme previsão constitucional⁸. A função regulatória da licitação tem por finalidade evitar que empresas com elevadas participações de mercado⁹ passem a prestar o serviço público - ou exploração do bem público - em regime de monopólio (MENDONÇA, 2019, p. 1-16). Nota-se, a partir desse exemplo, que a conceituação de Mendonça traz uma premissa implícita de que o objeto de cada licitação é um monopólio natural.

A competência pela aplicação da função regulatória da licitação é, em regra, da agência reguladora, uma vez que cabe a essas autarquias em regime especial a elaboração dos editais de licitação e dos respectivos contratos de concessão. No que tange ao papel do SBDC no processo, por força do disposto no art. 19 da Lei de Defesa da Concorrência (“LDC”) - Lei nº 12.529/2011¹⁰, cabe à Seae/MF fazer recomendações aos editais e correspondentes minutas de contrato de concessão pelo aspecto da promoção da concorrência, em sede de consulta pública. Ademais, com a publicação recente da

8 Conforme previsto no inciso XXI do art. 37 e art. 175 da Constituição Federal de 1988 (“CF/1988”). (BRASIL, 2020).

9 Mendonça, nessa passagem, vale da premissa de que o aumento de market share corresponde a poder de mercado, em linha com a abordagem formalista de aferição de poder de mercado de um agente econômico, previsto na Lei de Defesa da Concorrência (“LDC”) - Lei nº 12.529/2011.

10 Idem a nota 5.

Lei das Agências Reguladoras – Lei nº 13.848/2019¹¹, a cooperação entre agências reguladoras e órgãos do SBDC deve ser reforçada¹² (MENDONÇA, 2019, p. 10 e 11).

Em que pese a distinção entre os campos de atuação de regulação e concorrência, oportuno ressaltar que a regulação não promove um abandono dos valores competitivos. Segundo Salomão Filho, citado por Fernandes, a regulação se justifica na imprescindibilidade da livre concorrência, a qual passa a ser entendida como valor mínimo da intervenção regulatória (SALOMÃO FILHO, 2014, p. 256-258, *apud* FERNANDES, 2015, p. 165). Não obstante, a concorrência não é um valor soberano nas políticas setoriais, conforme observa Fernandes:

“A livre concorrência, no entanto, não é o único fim a ser atingido pelos setores regulados. Na realidade, o ente regulador assume a incumbência de estabilizar a livre concorrência com outros princípios que orientam a ordem constitucional econômica. Nas palavras de Frison-Roche, o Estado regulador passa a se identificar com “a construção de setores nos quais a concorrência penetra, mas não governa sozinha” (2005, p. 217).” (FERNANDES, 2015, p. 166)

Não obstante, a aplicação da função regulatória da licitação pode gerar prejuízos ao ambiente competitivo. Mendonça elenca três desses efeitos negativos: (i) o alijamento dos proponentes mais aptos para a exploração do objeto da licitação da disputa, prejudica não somente o certame, mas também a prestação do serviço em si; (ii) a não resolução do problema concorrencial colocado; e (iii) o desestímulo à concorrência ao se criar barreiras à entrada (MENDONÇA, 2019, p. 2-3). Veras acrescenta ainda o prejuízo de que a fundamentação inadequada dessas restrições pode trazer insegurança jurídica para os projetos, produzindo uma falha de governo – ou falha regulatória, causada pela ausência de análise de impacto da concorrência proveniente da medida adotada (VERAS, 2018).

11 “Art. 25. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências.” (BRASIL, 2019A).

12 Cabe registrar que a possibilidade de atuação do Cade nesse tema restringe-se à existência de infração à ordem econômica, de modo que o Conselho fica afastado do desenho regulatório promovido pelas agências reguladoras ex ante (MENDONÇA, 2019, p. 10-11).

Ainda no tocante à importância da justificativa para a adição da função regulatória da licitação, Sampaio coloca:

“Relevante nesse processo, será o administrador justificar objetivamente as exigências de qualificação impostas no edital, isto é, as razões pelas quais a restrição ou condicionamento da participação de determinados agentes econômicos, naquela licitação, faz-se necessária, sob o risco de, em não ocorrendo, poder, no futuro, ser alegado que o edital foi direcionado ou frustrou o caráter competitivo do certame. Conforme já exposto em vários momentos deste trabalho, deve ser de todo evitada a presença de exigências impertinentes e desnecessárias no edital, cujo efeito seja apenas o de restringir o caráter competitivo da licitação.” (grifos nossos) (SAMPAIO 2012, p. 299-300).

Nesse ambiente, cabe avaliar o uso da ferramenta regulatória em questão no setor portuário. O cenário do mercado de terminais portuários, apesar de não se caracterizar como um monopólio natural - como a doutrina geralmente coloca, mostra-se concentrado, com possíveis danos à concorrência tanto pelo aspecto de sobreposição horizontal quanto pela integração vertical. Nesse ambiente, enquanto o SBDC tem seu papel na advocacia da concorrência, por parte da Seae/MF, e nas ações repressivas, por parte do Cade, compete à regulação setorial zelar pela promoção da concorrência a partir das ferramentas previstas no modelo regulatório adotado. A Antaq, por sua vez, vale-se preponderantemente do controle de entrada e saída de agentes econômicos do mercado, com pouca ênfase na regulação econômica de preços. Tal controle é feito pela competição pelo objeto licitado - considerado pela doutrina, como concorrência pelo mercado, utilizando-se sobretudo da função regulatória da licitação, para endereçar os problemas de falha de mercado de ausência de competição em cada mercado relevante identificado.

Operacionalmente, o uso dessa modalidade de regulação envolve, além da Antaq, poder concedente setorial, Seae/MF e TCU¹³ no

13 Cabe ao TCU fiscalizar processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal, o que inclui as concessões e permissões de serviços públicos, aos quais o TCU equipara os arrendamentos portuários, nos termos da Instrução Normativa (“IN”) TCU nº 27/1998 - art. 7º, vigente até 31/12/2018, substituída pela IN TCU nº 81/2018 - art. 3º, vigente na atualidade. Registre-se que o TCU tem a competência de emitir recomendações e determinações ao poder concedente e às instituições a cargo da implantação da concessão, nos termos da legislação em vigor (TCU, 2018A).

decorrer das etapas preparatórias até a licitação dos arrendamentos portuários, para cada leilão. Conforme previsto na legislação vigente, a interação entre as instituições pode ser sintetizada da seguinte forma: (i) poder concedente setorial e Antaq contam com o apoio do SBDC no processo *ex ante*, previsto no marco legal afeto ao setor, realizado pela Seae/MF¹⁴; e (ii) o TCU, no exercício de sua competência de fiscalização dos processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal, o que inclui os arrendamentos portuários, pode, ainda na fase preparatória da licitação, tecer análises e emitir recomendações e determinações sobre qualquer matéria envolvida nesses processos, incluindo a concorrencial e, por conseguinte, a função regulatória da licitação.

3. Metodologia de pesquisa

Pelo fato de a Seae/MF ser o órgão especializado em opinar sobre a promoção da concorrência em diversos setores da economia, regulados ou não, este trabalho adotou como premissa que o posicionamento do órgão do SBDC representa o ponto de partida do que seria o endereçamento mais adequado para as preocupações concorrenciais em cada um dos certames. Em decorrência, uma vez que a função regulatória da licitação consiste em inserir elementos de natureza concorrencial nesses leilões, este trabalho formulou a hipótese de que a aplicação por parte de poder concedente setorial e Antaq dessa ferramenta regulatória convirja, em grande medida, com as sugestões do órgão do SBDC a cargo da advocacia da concorrência.

Isso posto, na vigência da atual Lei dos Portos – Lei nº 12.815/2013, observa-se a ocorrência de leilões de terminais portuários realizados ou com fase preparatória adiantada¹⁵ em que houve debate sobre a utilização da função regulatória da licitação. Diante desse quadro e partindo da pergunta de pesquisa formulada na Introdução¹⁶, definiu-se metodologia de pesquisa em três etapas. Na primeira

14 Idem a nota 5.

15 Este trabalho tem por limite de referência temporal fevereiro de 2020.

16 Se a aplicação da função regulatória da licitação nos leilões de terminais portuários na vigência da atual Lei dos Portos – Lei nº 12.815/2013 - tem sido apropriada para mitigar a falha de mercado de falta de concorrência no mencionado mercado.

etapa, definiu-se amostra de licitações de arrendamentos portuários em que se verificou, pelo menos, discussão entre as instituições públicas envolvidas no processo sobre a restrição à participação de agentes econômicos em um determinado leilão, o que representou 7 leilões correspondendo a 17 arrendamentos portuários.

A segunda etapa consistiu na avaliação dessa amostra. Tal avaliação foi feita por intermédio de três procedimentos, a saber:

- a) Mapeamento dos posicionamentos das instituições envolvidas nas etapas preparatórias do processo de licitação de arrendamentos portuários em relação à aplicação da função regulatória da licitação em cada leilão;
- b) Análise qualitativa do processo de aplicação da função regulatória da licitação em cada leilão; e
- c) Levantamento dos pontos de atenção dos temas e debates que se sobressaíram dos mapeamento e análise realizados anteriormente.

O mapeamento dos posicionamentos das instituições envolvidas nas etapas preparatórias do processo de licitação de arrendamentos portuários em relação à aplicação da função regulatória da licitação em cada leilão, valeu-se dos documentos oficiais produzidos pelas instituições envolvidas nos certames como insumo, para levantamento de dados primários. Tal mapeamento teve como direcionador o resultado esperado da interação entre as instituições envolvidas no processo, previsto na hipótese da pesquisa, isto é, a aderência entre os entendimentos dos órgãos e entidades que promovem a licitação, poder concedente setorial e Antaq, de um lado, e Seae/MF, em nome do SBDC, de outro. A partir dessa diretriz, a materialização desse procedimento foi conduzida por intermédio da formulação de 6 perguntas específicas, com possibilidades de

respostas dicotômicas restritas a: “sim” ou “não”¹⁷.

Orientado pelas perguntas do mapeamento, a análise qualitativa do processo de aplicação da função regulatória da licitação em cada leilão teve por finalidade trazer uma visão crítica dos principais acontecimentos e debates entre as instituições envolvidas no processo de cada leilão da amostra. Em seguida, foram levantados pontos de atenção dos temas e debates que se sobressaíram dos mapeamento e análise realizados anteriormente, que agrupou os temas e debates destacados nos dois procedimentos de avaliação anteriores, com o intento de trazer elementos para se alcançar uma resposta à pergunta de pesquisa formulada.

A terceira e última etapa da metodologia de pesquisa, uma vez definida a avaliada uma amostra de leilões objeto da presente pesquisa, constituiu-se na reflexão sobre os resultados alcançados, de modo a organizar uma síntese que tenha condições de responder a pergunta de pesquisa formulada.

4. Resultados alcançados

4.1. Apresentação e avaliação da amostra de leilões

A amostra de leilões de arrendamentos portuários definida para o presente trabalho é a seguinte:

17 As seis perguntas específicas foram as seguintes:(a) A minuta de edital submetida à fase de audiência pública pela Antaq – doravante denominada Minuta 1 - prevê restrição de participação de agentes econômicos na licitação?; (b) O posicionamento da Seae/MF está alinhado com o da Antaq em relação à eventual restrição de participação de agentes econômicos na licitação prevista na Minuta 1?; (c) A minuta de edital enviada ao TCU – doravante denominada Minuta 2 - mantém o entendimento referente à restrição de participação de agentes econômicos na licitação prevista na Minuta 1?; (d) O TCU realiza análise de aspectos concorrenciais em sua análise da Minuta 2?; (e) O TCU faz recomendações ou determinações referentes à função regulatória da licitação na Minuta 2?; (f) O entendimento previsto sobre a restrição à participação de empresas na licitação prevista na Minuta 1 foi alterado no edital da licitação?

Quadro 1 - Amostra da pesquisa

Nº Leilões	Terminais Portuários	Porto organizado	Especialidade do terminal
1	PAR12	Paranaguá (PR)	Ro-Ro (Veículos)
2	BEL02A	Belém - Miramar (PA)	Combustíveis Líquidos
	BEL02B	Belém - Miramar (PA)	Combustíveis Líquidos
	BEL04	Belém - Miramar (PA)	Combustíveis Líquidos
	BEL08	Belém - Miramar (PA)	Combustíveis Líquidos
	BEL09	Belém - Miramar (PA)	Combustíveis Líquidos
	VDC12	Vila do Conde (PA)	Combustíveis Líquidos
3	AI-01	Cabedelo (PB)	Combustíveis Líquidos
	AE-10	Cabedelo (PB)	Combustíveis Líquidos
	AE-11	Cabedelo (PB)	Combustíveis Líquidos
4	VIX30	Vitória (ES)	Combustíveis Líquidos
5	STS13A	Santos (SP)	Combustíveis Líquidos
6	SUA05	Suaape (PE)	Contêiner
7	IQI03	Itaqui (MA)	Combustíveis Líquidos
	IQI11	Itaqui (MA)	Combustíveis Líquidos
	IQI12	Itaqui (MA)	Combustíveis Líquidos
	IQI13	Itaqui (MA)	Combustíveis Líquidos

Fonte: Elaboração interna, com base em dados da Antaq, poder concedente setorial, Programa de Parceria de Investimentos (“PPI”) e Empresa de Pesquisa e Logística (“EPL”).

Quanto à avaliação da amostra¹⁸, os resultados do mapeamento dos posicionamentos das instituições envolvidas nas etapas preparatórias do processo de licitação de arrendamentos portuários em relação à aplicação da função regulatória da licitação em cada leilão, conforme delineado na metodologia de pesquisa, seguem abaixo:

18 Em virtude da limitação de número de páginas do presente artigo, não serão apresentadas as seções referentes à análise qualitativa de cada leilão e aos pontos de atenção, que integram a segunda etapa da metodologia de pesquisa. De qualquer forma, os principais elementos dessas seções constam da terceira etapa da metodologia deste trabalho, que trata da reflexão sobre os resultados de pesquisa.

Quadro 2 - Resultado do mapeamento dos posicionamentos das instituições envolvidas nas etapas preparatórias do processo de licitação de arrendamentos portuários em relação à aplicação da função regulatória da licitação em cada leilão

Perguntas específicas / Leilões	PAR12	BELs ¹⁹ ; VDC12	AI-01, AEs ²⁰	VIX30	STS13A	SUA05	IQIs ²¹
a) A Minuta 1 ²² prevê restrição de participação de agentes econômicos na licitação?	NÃO	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	SIM	SIM
b) O posicionamento da Seae/MF está alinhado com o da Antaq em relação à eventual restrição de participação de agentes econômicos na licitação prevista na Minuta 1?	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
c) A Minuta 2 ²³ mantém o entendimento referente à restrição de participação de agentes econômicos na licitação prevista na Minuta 1?	SIM	NÃO	SIM	SIM	SIM	NÃO	SIM
d) O TCU realiza análise de aspectos concorrenciais em sua apreciação da Minuta 2?	SIM	SIM	NÃO	SIM	SIM	SIM	SIM

19 Terminais portuários: BEL02A, BEL02B, BEL04, BEL08, BEL09.

20 Terminais portuários: AE-10 AE-10.

21 Terminais portuários: IQI03, IQI11, IQI12 e IQI13.

22 Minuta 1: minuta de edital de licitação submetida à fase de audiência pública pela Antaq.

23 Minuta 2: minuta de edital de licitação enviada ao TCU.

e) O TCU faz recomendações ou determinações referentes à função regulatória da licitação na Minuta 2?	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	SIM	SIM	NÃO
f) O entendimento previsto sobre a restrição à participação de empresas na licitação previsto na Minuta 1 foi alterado no edital da licitação?	SIM	SIM	NÃO	NÃO	SIM	N/A	N/A

Fonte: Elaboração interna.

A avaliação da amostra, com base no resultado do mapeamento apresentado e na análise qualitativa de cada leilão, identificou quatro pontos de atenção referentes ao processo de aplicação da função regulatória da licitação, a saber: (i) desalinhamento entre poder concedente - Antaq e Seae/MF quanto à aplicação da função regulatória da licitação; (ii) correções de rota na aplicação da função regulatória da licitação predominantemente mediante intervenção do TCU; (iii) desalinhamento entre TCU e Seae/MF na aplicação da função regulatória da licitação; e (iv) riscos concorrenciais pela aplicação - ou ausência - da função regulatória da licitação, quanto ao o case da atuação do Cade nos leilões de arrendamentos portuários.

4.2. Reflexão sobre os Resultados da Pesquisa

Diante da metodologia de pesquisa proposta, cabe retomar a pergunta de pesquisa formulada: a aplicação da função regulatória da licitação nos leilões de terminais portuários na vigência da atual Lei dos Portos - Lei nº 12.815/2013 - tem sido apropriada para mitigar a falha de mercado de falta de competição no mencionado mercado?

Conforme compreendido ao longo deste trabalho, a estrutura de mercado de terminais portuários tende a ser concentrada. A aplicação de restrições à participação de agentes em cada um dos certames desses ativos representa uma das opções de escolha regulatória setorial, realizada, para arrendamentos portuários, por poder concedente e Antaq, na definição das diretrizes da licitação e das

correspondentes regras editalícias, respectivamente. Nesse cenário, o presente trabalho adotou como premissa que o posicionamento da Seae/MF representaria, em princípio, o endereçamento mais adequado para as preocupações concorrenciais em cada um dos certames. Dessa forma, considerando que a função regulatória da licitação consiste em inserir elementos de natureza concorrenciais nesses leilões, o cenário esperado era de que a sua aplicação por parte de poder concedente setorial e Antaq convergisse, em grande medida, com as sugestões do órgão do SBDC a cargo da advocacia da concorrência.

Os resultados da presente pesquisa, todavia, não indicam a concretização desse cenário esperado, conforme revela a análise qualitativa realizada e, principalmente, os pontos de atenção identificados e discutidos. O primeiro ponto de atenção evidencia o desalinhamento entre poder concedente e Antaq, de um lado, e da Seae/MF, de outro, quanto à aplicação da função regulatória da licitação nos leilões de terminais portuários selecionados na amostra desta pesquisa. O segundo ponto de atenção denota que as correções de rota na aplicação da função regulatória da licitação em relação à proposta original de poder concedente e Antaq foram executadas preponderantemente mediante determinação do TCU. Sob outra perspectiva, tal fato demonstra a convicção da tese original de aplicação da função regulatória da licitação por parte das instituições promotoras do certame, ao não recepcionarem a proposta de melhoria do órgão do SBDC, de modo que a maior parte das correções de rota proveio somente do *enforcement* da corte de contas.

O terceiro ponto de atenção buscou averiguar existência de alinhamento entre TCU e Seae/MF em relação à imposição - ou à ausência de imposição - a restrições de participação de agentes econômicos nos leilões de arrendamentos portuários, em que pese não haver previsão legal de interação entre ambas as instituições no rito de etapas preparatórias à licitação. A discussão feita revelou que a corte de contas e o órgão do SBDC partem de perspectivas distintas para apreciar os aspectos concorrenciais do certame: com o TCU valendo-se dos Estudos de Viabilidade Econômico-Financeira e Ambiental (“Evtas”) dos empreendimentos, enquanto a Seae/MF considera necessária a realização de estudo concorrencial específico. Na amostra avaliada, essa diferença de enfoque levou,

na maioria dos casos, a entendimentos divergentes entre ambas as instituições sobre as preocupações concorrenciais em cada certame.

Por fim, o quarto ponto de atenção representa um efeito do baixo grau de diálogo e cooperação entre poder concedente e Antaq, com a anuência do TCU, de um lado, e do SBDC, por intermédio da Seae/MF, do outro, quanto à análise *ex ante* de aspectos concorrenciais e à aplicação da função regulatória da licitação de arrendamentos portuários: instauração de processo de investigação de agentes econômicos por práticas anticoncorrenciais incentivadas, dentre outros aspectos, pelas regras de edital de licitação dos arrendamentos portuários VIX30 e AI-01, AE-10 AE-10²⁴. Tal processo, de competência do Cade, pode acarretar atuação repressiva *ex post* por parte da autoridade antitruste²⁵. Sem entrar no mérito dos indícios que levaram à abertura do processo de investigação em questão, nota-se que as preocupações concorrenciais vislumbradas *ex ante* pela Seae/MF de sobreposição horizontal e integração vertical em cada um dos mercados relevantes objeto dos certames mostram-se elementos centrais do processo investigativo conduzido pelo Cade.

Diante desse quadro, é notório que a interação entre as instituições de envolvidas nas licitações de arrendamentos portuários - poder concedente setorial, Antaq, Seae/MF, em nome do SBDC, e TCU - encontra-se aquém do necessário para implementar, de forma satisfatória, as medidas necessárias para incentivar a melhoria do ambiente competitivo dos mercados relevantes dos certames. Ressalte-se que o ordenamento jurídico nacional prevê tais interações tanto na LDC, pela função de advocacia da concorrência exercida pela Seae/MF, quanto na recente Lei das Agências Reguladoras, pelo dever de cooperação entre as agências e os órgãos do SBDC.

Mesmo reconhecendo o argumento de Frison-Roche, citado por Fernandes, de que a concorrência penetra, mas não governa sozinha (FRISON-ROCHE, 2005, p. 217, *apud* FERNANDES, 2015, p. 166), cabem a poder concedente setorial, Antaq e TCU tratar os

24 Processo Cade nº 08700.003471/2019-11, de Inquérito Administrativo para apuração de infração à ordem econômica ("IA"), em desfavor das distribuidoras BR Distribuidora, Ipiranga e Raizen - vitoriosas dos leilões referentes aos terminais VIX30 e AI-01, AE-10 AE-10, instaurado pela autoridade antitruste, em 17/10/2019.

25 Uma vez que o caso ainda não foi julgado, não se pode afirmar que as partes do polo passivo no IA em questão cometeram ilícito concorrencial.

aspectos concorrenciais da licitação com o embasamento técnico adequado para tanto, não podendo deixá-los em segundo plano em nome de outros princípios perseguidos nas outorgas de instalações portuárias²⁶. A expertise para tanto se encontra disponível no próprio aparelho do Estado brasileiro: nos órgãos e entidades do SBDC.

O quarto ponto de atenção mencionado acima evidencia a importância de se estudar de maneira apropriada as possíveis falhas de um mercado em uma licitação de ativos no setor de infraestrutura antes da aplicação de medidas de regulação para sanear ou mitigar essa falha de mercado. Por esse motivo, a Seae/MF propôs a realização de estudo técnico fundamentado sobre os aspectos concorrenciais da licitação, calcado na definição embasada do mercado relevante geográfico para o caso. Tal estudo deveria, primeiramente, identificar a falha de mercado presente e, a partir disso, justificar o uso da função regulatória da licitação ante outros meios regulatórios, como a regulação de preços. Pode-se dizer que o órgão do SBDC considera adequada a realização de uma análise concorrencial específica para cada licitação, de modo a embasar a imposição de restrições a participação de empresas em um dado certame.

Isso posto, considerando a premissa deste trabalho de que o posicionamento da Seae/MF representa um ponto de partida do que seria o endereçamento mais adequado para as preocupações concorrenciais em cada um dos certames, nota-se que os reiterados posicionamentos do órgão do SBDC ao longo das fases preparatórias da totalidade das licitações da amostra e o caso pontual de investigação do Cade, referente aos processos de outorgas dos terminais dos portos de Vitória/ES e Cabedelo/PB, indicam que os riscos concorrenciais desses leilões, sobretudo a aplicação da função regulatória da licitação, não estão sendo avaliados de maneira tecnicamente apropriada *ex ante* pelas instituições promotoras das licitações. Esta constatação responde, portanto, a pergunta de pesquisa formulada.

26 A exemplo da provisão da prestação do serviço, do sucesso do certame e do maior valor de outorga obtido no leilão.

Conclusão

A presente pesquisa, cujo pano de fundo contempla as áreas de regulação e de defesa da concorrência em setores de infraestrutura, especificamente no setor portuário, teve por objetivo compreender se a aplicação da função regulatória da licitação nos leilões de terminais portuários na vigência da atual Lei dos Portos tem sido apropriada para mitigar a falha de mercado de falta de concorrência no mencionado mercado.

Apesar de a característica pró-competitiva da aplicação da ferramenta regulatória em questão, conforme previsto na literatura, os pontos de atenção levantados no presente trabalho trouxeram evidências de que, para a amostra estudada, a aplicação da função regulatória da licitação pelas instituições promotoras dos leilões de terminais portuários na vigência da Lei nº 12.815/2013 não se mostrou apropriada para a mitigar a falha de mercado de falta de concorrência em cada um dos mercados relevantes.

Não obstante, para fins de feedback na implementação dessa opção regulatória nos próximos leilões de terminais portuários por parte de poder concedente e Antaq, considerando o volume representativo de novas licitações previstas para o médio e longo prazos, alguns elementos trazidos neste trabalho permitem afirmar que as condições institucionais e técnicas para a reversão do quadro apresentado nesta pesquisa estão postas. O ordenamento jurídico vigente prevê a interação entre o SBDC e as agências reguladoras tanto na LDC, pela função de advocacia da concorrência exercida pela Seae/MF, quanto na recente Lei das Agências Reguladoras, pelo dever de cooperação entre as partes. Além disso, a expertise para o endereçamento adequado de preocupações concorrenciais encontra-se disponível no próprio aparelho do Estado brasileiro: nos órgãos e entidades do SBDC. Por fim, a Seae/MF já apontou ao longo de suas manifestações captadas na amostra de leilões desta pesquisa o caminho apropriado para tratar os riscos concorrenciais dessas outorgas: a realização de uma análise concorrencial específica para cada licitação, de modo a embasar a imposição de restrições a participação de empresas em um dado certame.

Quanto a sugestões de pesquisas futuras com o objeto deste trabalho, é possível continuar a pesquisa com a mesma metodologia à medida que haja mais ocorrências de leilões de terminais portuários

para averiguar eventual ocorrência de mudança na trajetória da interação entre Antaq, poder concedente setorial, Seae/MF e TCU e no resultado desse processo, materializado no edital dos certames. Outra frente seria a compreensão da análise efetuada por poder concedente e Antaq nos Evteas dos empreendimentos a serem licitados sobre o ambiente competitivo de cada mercado, de modo a identificar as coincidências e divergências em relação à proposta da Seae/MF de análise concorrencial específica para cada licitação. Ambas as sugestões de pesquisa visam colaborar para a alcance, em futuro próximo, da hipótese deste trabalho: convergência entre instituições promotoras da licitação e os órgãos do SBDC quanto à aplicação da função regulatória da licitação nos leilões de terminais portuários.

Referências Bibliográficas

ANTAQ - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Minuta de edital de licitação referente à Audiência Pública Antaq nº 02/2017. Brasília: Antaq, 2017. Disponível em: <http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%209/PAR12%20-%20Condi%C3%A7%C3%B5es%20do%20Edital.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2020.

ANTAQ - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Edital - Edital - Leilão Nº 02/2018-ANTAQ, para o arrendamento de área, localizada dentro do porto organizado de Paranaguá, no Estado do Paraná, denominada PAR12. Brasília: Antaq, 2018A. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%2013/20180405_Edital_PAR12.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

ANTAQ - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Minuta de edital de licitação referente à Audiência Pública Antaq nº 01/2018 - área VDC12. Brasília: Antaq, 2018B. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoArea/Audiencia%2016/Edital_VDC12_15_03_18.pdf. Acesso em 15 mar. 2020.

ANTAQ - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Edital -Leilão N° 16/2018-ANTAQ, para o arrendamento de área, no porto organizado de Vila do Conde, no Estado do Pará, denominada VDC 12. Brasília: Antaq, 2018C. Disponível em: <http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%2037/20181217%20-%20Minuta%20de%20Edital%20-%20VDC12%20-%20resp%20visita.pdf>. Acesso em 15 mar. 2020.

ANTAQ - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Minuta de edital de licitação referente à Audiência Pública Antaq n° 03/2018 - área AE-10. Brasília: Antaq, 2018D. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoArea/Audiencia%2018/AE10_Minuta%20de%20edital.pdf. Acesso em: 22 fev. 2020.

ANTAQ - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Edital -Leilão N° 08/2018-ANTAQ, para o arrendamento de área, localizada dentro do porto organizado de Cabedelo, no Estado da Paraíba, denominada AE-10. Brasília: Antaq, 2018E. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%2029/20181128_Minuta_de_Edital_AE10_pos_PFA.pdf. Acesso em: 22 fev. 2020.

ANTAQ - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Minuta de edital de licitação referente à Audiência Pública Antaq n° 02/2018. Brasília: Antaq, 2018F. Disponível em: <http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoArea/Audiencia%2017/VIX30%20Minuta%20do%20Edital.pdf>. Acesso em 11 jun. 2020.

ANTAQ - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Edital -Leilão N° 10/2018-ANTAQ, para o arrendamento de área, localizada dentro do porto organizado de Vitória, no Estado do Espírito Santo, denominada VIX30. Brasília: Antaq, 2018G. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%2031/20181128_Minuta_de_Edital_VIX30_pos_PFA.pdf. Acesso em 11 jun. 2020.

ANTAQ - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Minuta de edital de licitação referente à Audiência Pública Antaq nº 07/2018. Brasília: Antaq, 2018H. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoArea/Audiencia%2019/20180608_STS13A_Minuta%20de%20Edital.pdf. Acesso em: 01 mar. 2020.

ANTAQ - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Minuta de edital de licitação referente à Audiência Pública nº 10/2018. Brasília: Antaq, 2018I. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%2026/SUA05_Minuta_de_Edital_v4.pdf. Acesso em: 21 fev. 2020.

ANTAQ - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Edital - Leilão N° 02/2019-ANTAQ, para o arrendamento, localizadas dentro do porto organizado de Santos, denominada STS13A. Brasília: Antaq, 2019A Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoArea/Audiencia%2040/20190410_Minuta_de_Edital_com_SPE_definitiva__STS13A.pdf. Acesso em: 01 mar. 2020.

ANTAQ - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Minuta de edital de licitação referente à Audiência Pública nº 06/2019 - área IQI03. Brasília: Antaq, 2019B. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoArea/Audiencia%2042/20190624_Minuta_de_Edital_com_SPE_IQI03_Audiencia_Publica.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

ANTAQ - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Comissão Permanente de Licitação de Arrendamentos Portuários da Antaq - Respostas às contribuições área IQI03 - Audiência Pública nº 6/2019, 31 ago. 2019. Brasília: Antaq, 2019C. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoArea/Audiencia%2042/AtaEsclarecimento_IQI03_Publico.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Diário Oficial da União, Brasília, 6 jun. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm. Acesso em: 21 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de junho de 2011. Diário Oficial da União, Brasília, 1º nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm. Acesso em: 21 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013. Diário Oficial da União, Brasília, 5 jun. 2013A. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm. Acesso em: 18 de jul. 2019.

BRASIL. Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8033.htm. Acesso em: 21 fev. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, PORTOS E AVIAÇÃO CIVIL. Nota Informativa nº 03/2016/SPP/SEP/MTPAC, 14 dez. 2016. Brasília: Brasil, 2016. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%209/Ato_Justificatorio_PAR12.pdf. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 77/COGTL/SEAE/MF, 23 mar. 2017. Brasília: Brasil, 2017A. Disponível em: http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas/advocacia-da-concorrenca/2017/parecer-77_2017.pdf/view. Acesso em: 22 fev. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, PORTOS E AVIAÇÃO CIVIL. Nota Informativa nº 16/2017/CGMO-SNP/DOUP/SNP-MTPA, 22 dez. 2017. Brasília: Brasil, 2017B. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoArea/Audiencia%2018/AE10_Ato%20Justificat%C3%B3rio.pdf - Acesso em: 22 fev. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, PORTOS E AVIAÇÃO CIVIL. Nota Informativa nº 8/2018/CGMO-SNP/DOUP/SNP-MTPA, 05 mar. 2018. Brasília: Brasil, 2018A. Disponível em: <http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%2016/Ato%20Justificat%C3%B3rio%20-%20Terminais%20de%20>

Miramar%20e%20Vila%20do%20Conde.pdf. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. PARECER SEI Nº 25/2018/COGTS/SUPROC/SEPRAC-MF, 18 mai. 2018. Brasília: Brasil, 2018B. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas/advocacia-da-concorrenca/2018/parecer-25-2018/view>. Acesso em: 26 fev. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. PARECER SEI Nº 27/2018/COGTS/SUPROC/SEPRAC-MF, 24 mai. 2018. Brasília: Brasil, 2018C. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas/advocacia-da-concorrenca/2018/parecer-27-2018/view>. Acesso em 29 fev. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, PORTOS E AVIAÇÃO CIVIL. Nota Informativa nº 1/2018/CGMO-SNP/DOUP/SNP-MTPA, 25 jan. 2018. Brasília: Brasil, 2018D. Disponível em: <http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoArea/Audiencia%2017/VIX30%20Ato%20Justificat%C3%B3rio.pdf>. Acesso em 11 jun. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. PARECER SEI Nº 28/2018/COGTS/SUPROC/SEPRAC-MF, 28 mai. 2018. Brasília: Brasil, 2018E. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas/advocacia-da-concorrenca/2018/parecer-28-2018/view>. Acesso em 11 jun. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, PORTOS E AVIAÇÃO CIVIL. Nota Informativa nº 22/2018/CGMO-SNP/DOUP/SNP-MTPA, 30 abr. 2018. Brasília: Brasil, 2018F Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoArea/Audiencia%2019/30.04.18___Nota_Informativa_n__22_2018_CGMO_SNP_DOUP_SNP_MTPA.pdf. Acesso em 01 mar. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. PARECER SEI Nº 48/2018/COGTS/SUPROC/SEPRAC-MF, 19 jul. 2018. Brasília: Brasil, 2018G. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas/advocacia-da-concorrenca/2018/parecer-48-2018/view>. Acesso em 29/02/2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, PORTOS E AVIAÇÃO CIVIL. Nota Informativa nº 24/2018/CGMO-SNP/DOUP/SNP-MTPA, 15 jun. 2018. Brasília: Brasil, 2018H. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%2026/Nota_Informativa_n__24.pdf Acesso em: 21 fev. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. Parecer SEI Nº 28/2018/COGTS/SUPROC/SEPRAC-MF, 28 mai. 2018. Brasília: Brasil, 2018I. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas/advocacia-da-concorrencia/2018/parecer-61-2018/view>. Acesso em: 21 fev. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 fev. 2020.

CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cadernos Cade - Mercados de Serviços Portuários. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/CadernosdoCadePortos26092017.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2020.

CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica 37/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE, 18 out. 2019. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yP0NVinxQuUKekz58jKawaYPvB1lCBc7JGLEJEfSw35GrRIpfLysLlHv8l8Bd2tL7yA8tB6Qhp-W06qkuzRRRQO. Acesso: 20 jul. 2020.

FERNANDES, Victor Oliveira. Os desafios do Antitruste no Setor Portuário Brasileiro: As Inovações da Lei nº 12.815/13 seus Reflexos Concorrenciais. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 2, nº 1, 2015, p. 161-210. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/19255/17751>. Acesso em: 21 fev. 2020.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. v. 72, n° 3, julho, agosto, setembro 2009, p. 27-36. Disponível em: <https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/490.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2020.

MENDONÇA, Elvino de Carvalho. Cláusulas restritivas de participação de empresas em processos licitatórios de setores regulados: a adoção do critério de participação de mercado. In: Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – Ibrac. 25.º Seminário Internacional de Defesa Da Concorrência – Novembro/2019. Disponível em: https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/433/25_IBRAC_2019_CL%C3%81USULAS_RESTRITIVAS_LICITA%C3%87%C3%83O_PAPER.pdf. Acesso em: 21 fev. 2020.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-27082013-143232/publico/Tese_Patricia_Regina_Pinheiro_Sampaio.pdf. Acesso em: 21 fev. 2020.

STIGLITZ, Joseph E.; ROSENGARD. Jay K. Economics of the public sector - Fourth edition. New York - London. W.W. Norton & Company, 2015, p. 66 a 93.

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Instrução Normativa nº 81/2018. Dispõe sobre a fiscalização dos processos de desestatização. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 jun. 2018. Brasília: TCU, 2018A. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/27128280/do1-2018-06-25-instrucao-normativa-n-81-de-20-de-junho-de-2018-27128266. Acesso em: 21 fev. 2020.

TCU - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 122/2018 - Plenário. Relator: Bruno Dantas, 24 jan. 2018. Brasília: TCU, 2018B. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A122%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=70ce44c0-66c8-11ea-ba15-f34ae97c87e0. Acesso em: 15 de mar. 2020

TCU - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 2732/2018 - Plenário. Relatora: Ana Arraes, 28 nov. 2018. Brasília: TCU, 2018C. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2732%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=8a09a340-5afb-11ea-ac5e-1547fdd664ae. Acesso em: 29 fev. 2020.

TCU - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 2436/2018 - Plenário. Relator: Bruno Dantas, 24 out. 2018. Brasília: TCU, 2018D. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/ae11/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520?uuid=8a09a340-5afb-11ea-ac5e-1547fdd664ae>. Acesso em 29 fev. 2020.

TCU - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 2261/2018 - Plenário. Relator: Bruno Dantas, 26 set. 2018. Brasília: TCU, 2018E. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/vix30/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/6/%2520?uuid=8a09a340-5afb-11ea-ac5e-1547fdd664ae>. Acesso em 11 jun. 2020.

TCU - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 490/2019 - Plenário. Relatora: Ana Arraes, 13 mar. 2019. Brasília: TCU, 2019A. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/sts13a/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/3/%2520?uuid=5192>

3a00-ace4-11ea-8ab3-69fbb2577778. Acesso em 12 jun. 2020.

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1792/2019 – Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas, 31 jul. 2019. Brasília: TCU, 2019B. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/sua05/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=40ae0a60-556f-11ea-8bbb-fba73624d2a8>. Acesso em: 21 fev. 2020.

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão TCU nº 352/2020 – Plenário. Relator: Augusto Nardes, 19 fev. 2020. Brasília: TCU, 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/IQI03/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuid=51923a00-ace4-11ea-8ab3-69fbb2577778>. Acesso em: 12 jun. 2020.

VERAS, Rafael. A função regulatória das licitações em projetos de infraestrutura: quanto custa? In Revista Colunistas Direito do Estado – Num 386, 2018. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/a-funcao-regulatoria-das-licitacoes-em-projetos-de-infraestrutura-quanto-custa>. Acesso em: 21 fev. 2020.

O regime de indicação geográfica como fonte de promoção à concorrência de produtos diferenciados

Victor de Oliveira Leite¹

RESUMO

A indicação geográfica é um direito de propriedade intelectual que deve ser protegida porque incentiva a inovação e a diversidade dos produtos, estimulando a concorrência dinâmica. A busca pela valorização da marca regional aumenta da renda dos produtores, promove o ambiente concorrencial e a estimula a manutenção de padrões de qualidade para o produto ou serviço protegido, com conseqüente aumento de bem-estar do consumidor. A indicação geográfica gera agregação de valor pela identificação de mercado singularizados para determinados produtos. Fabricantes e consumidores ganham com o reconhecimento da indicação geográfica como um elemento distintivo de produtos diferenciados, que inspiram confiança sobre as características do produto ou do serviço e diminui a assimetria de informação.

Palavras-chave: Propriedade intelectual; Indicação Geográfica; Diferenciação de Produto; Inovação; Concorrência

ABSTRACT

The geographical indication is an intellectual property right, which should be fostered as it promotes innovation and product diversification, which stimulate dynamic competition. The attribution of value to regional brands increases producers income, promotes a competitive environment and encourages the maintenance of quality standards for the product or service, and, consequently, enhances consumer well-being. The geographical

¹ Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília, Ministério da Economia. E-mail: victor.leite@economia.gov.br

indication generates added value by identifying singularized markets for certain products. Manufacturers and consumers benefit from the recognition of the geographical indication as a distinctive element of differentiated products, which inspire confidence on the characteristics of the product or service concerned and reduces information asymmetry.

Keywords: Intellectual Property; Geographical Indication; Product Differentiation; Innovation; Competition

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Indicações geográficas: conceito e função do direito de propriedade intelectual*; 3. *Os benefícios concorrenciais do reconhecimento ao direito de propriedade intelectual relacionado à indicação geográfica*; *Conclusão*; *Referência bibliográfica*.

1. Introdução

Indicação geográfica é um direito de propriedade intelectual que confere distinção a determinados produtos ou serviços em razão da reputação de seu local de procedência. Uma vez reconhecida a indicação geográfica como um aspecto distintivo de determinado produto, produtores não localizados na área singularizada da proteção não podem fazer uso de alusões ou signos que emulem ou remetam à localização do produto objeto da proteção.

O direito de propriedade intelectual referente à indicação geográfica possui o intuito de proteger o signo distintivo atribuível ao bem ou ao serviço, que é resultado do desenvolvimento de uma técnica e de fatores humanos e geográficos relacionados à procedência do bem ou serviço em questão. O instituto protege o produtor de concorrência desleal de competidores, impedindo que estes façam uso de referências aos elementos reputacionais alcançados pelos produtores regionais, e protege o consumidor, na medida em que este terá a garantia de adquirir um produto cuja qualidade é atribuída por sua procedência geográfica.

Quando o direito de indicação geográfica é assegurado, há uma estabilização dos contornos geográficos e de técnica atribuível ao produto ou ao serviço protegido. A estabilização das características dos produtos ou serviços que podem fazer uso do signo distintivo garante a instituição de padrões mínimos de qualidade, cujo

propósito é assegurar a permanência ou o incremento do valor atribuído à origem do produto ou do serviço. Ao mesmo tempo, essa segurança aumenta a confiança do consumidor no produto ou no serviço identificado pela notação de origem.

Este trabalho defende que a proteção da indicação geográfica representa uma ferramenta de agregação de valor que estimula a produção econômica. A indicação geográfica, ao conferir limitação à fabricação ou à comercialização de determinado produto, implica uma restrição à livre iniciativa. Ocorre que a fruição de direitos de propriedade intelectual possui o condão de estimular a diferenciação de produtos e a rivalidade entre as empresas, e estimulam a existência de uma concorrência dinâmica, quando esta é analisada como o espaço de promoção da rivalidade.

2. Indicações geográficas: conceito e função do direito de propriedade intelectual

2.1 Conceito e função da indicação geográfica sob o marco legal internacional

Propriedade intelectual é soma dos direitos derivados da atividade humana relacionada aos domínios industrial, científico e artístico, e compreende toda criação cognitiva relacionada a invenções, obras artísticas, nomes e símbolos usados em comércio. O direito de propriedade intelectual visa a proteger a produção humana, conferindo exclusividade, por determinado tempo, ao titular do direito. A garantia de proteção à produção intelectual permite que haja o engajamento dos indivíduos e demais agentes econômicos, porque assegura o direito de exploração econômica exclusiva do resultado de sua produção.

A promoção do direito de propriedade intelectual é essencial para que se possa encorajar o esforço humano, garantindo que o titular do direito possa se beneficiar do resultado de sua criação. Na ausência de um ambiente jurídico que proteja a produção intelectual, há poucos incentivos de inovação, porque o esforço financeiro e intelectual do indivíduo poderá ser apropriado por terceiros. Os direitos de propriedade intelectual são instrumentos de política pública destinados à promoção econômica, social e

cultural por meio do estímulo ao trabalho criativo e à inovação tecnológica. A materialização da propriedade intelectual opera-se pela proteção da exclusividade pelos detentores do direito. Esse é o caso das obras musicais e literárias, por exemplo, cuja reprodução e divulgação deve obedecer às limitações impostas por seu titular e cuja remuneração deve ser por ele apropriada. Da mesma maneira, as patentes garantem o direito de exclusividade de utilização de certa tecnologia, sendo seu direito de uso ou reprodução tributário aos desígnios do titular do direito, normalmente mediante licenciamento e remuneração.

As indicações geográficas são espécies de direito intelectual, e devem ser protegidas para que os titulares possam obter a renda advinda da atribuição de valor ao signo reputacional. Diferentemente dos direitos de autor e de patente, a indicação geográfica nasce do conceito atribuído a determinados produtos ou serviços proveniente de uma região, cuja produção intelectual dificilmente pode ser rastreável a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos específicos. A reputação atribuída a determinado produto advém das qualidades relacionadas à técnica de produção e/ou ao aproveitamento das condições geoclimáticas da região, em esforço cognitivo, para a produção de determinado bem ou para a prestação de determinado serviço.

Ademais, os direitos de propriedade intelectual são direitos territoriais, o que significa que só têm validade na jurisdição em que foram registrados ou de outra forma adquiridos. Nesse sentido, a proteção da propriedade intelectual deve ser obtida em cada jurisdição. Esse tema é de extrema relevância na medida em que a proteção efetiva dos direitos de propriedade intelectual pode implicar um aumento de custos para aqueles que buscam a proteção de sua produção intelectual. Esse tema é central para a discussão de patentes, por exemplo, porque a proteção da invenção exige a busca por reconhecimento e registro da invenção em diversas jurisdições.

Ainda que a proteção da indicação geográfica seja mais efetiva e menos custosa, quando há a possibilidade de se aproveitarem os atos de registro ou de reconhecimento realizado por uma jurisdição por outra, a natureza da criação reputacional dos signos geográficos como um processo sociológico e histórico exige uma crítica a uma abordagem unificadora.

O surgimento da indicação geográfica como propriedade

intelectual não pode ser determinado no tempo. A notoriedade da produção de determinada localidade se desenvolve à medida da disseminação e da circulação do produto. O tempo histórico e o uso corriqueiro do signo regional é, ao mesmo tempo, o elemento de notoriedade que gera a possibilidade de reconhecimento de um direito de propriedade intelectual e um risco de vulgarização do signo regional. Se o signo regional é incorporado ao vocabulário como metonímia², o signo regional pode se tornar o termo de uso genérico, e, portanto, não mais passível de proteção pela indicação geográfica.

O Acordo de Lisboa para a Proteção das Designações de Origem e seu Registro Internacional, acordo administrado pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual, define as indicações geográficas como a denominação geográfica de um país, de uma região ou de uma localidade que sirva para designar um produto originário dessa região, e cuja qualidade se deve exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, compreendidos fatores naturais e humanos³.

O Acordo de Lisboa criou um sistema único de registro para a proteção do direito relacionado à indicação geográfica entre as partes contratantes, por meio do qual se oferece um procedimento unificado para que o registro das denominações de origem e para as indicações de procedência. No entanto, apenas a proteção local não é suficiente para endereçar os problemas de contrafação, pirataria ou uso indevido das marcas territoriais.

A expansão do comércio internacional pressiona para uma maior proteção e para a imposição de regras de eficiências sobre os direitos intelectuais, com o intuito de garantir que os altos custos incorridos em pesquisa e desenvolvimento sejam protegidos nos países importadores, que sejam reservados aos titulares dos direitos de propriedade intelectual os direitos de exploração e distribuição

2 Figura de linguagem definida como a ideia de se tomar o todo pela parte.

3 Artigo 2 do Acordo de Lisboa. Esse acordo foi celebrado em 1968, inicialmente para a proteção apenas de designações de origem, uma das duas espécies de indicação geográfica juntamente com a indicação de procedência. Em 2015, por meio do Acordo de Genebra, as indicações de procedência foram incorporadas para o sistema de proteção de indicação geográfica inaugurado pelo Acordo de Lisboa. O Brasil não é parte dos referidos acordos.

de seus produtos e que seja impedida a contrafação e a pirataria⁴. O Acordo sobre Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS, por sua sigla em inglês) busca proteger o conhecimento e as ideias incorporadas aos produtos comercializados no mercado internacional.

O TRIPS define as indicações geográficas como as indicações que identificam um bem como originário no território de um Estado membro, região ou localidade nesse território, em que a qualidade, a reputação ou outras características do bem são essencialmente atribuíveis a sua origem geográfica⁵. A proteção pretendida pelo TRIPS refere-se à disponibilização dos meios legais para promover a prevenção do uso de meios de designação ou apresentação de um bem que possa confundir o público ou que possa constituir na prática de concorrência desleal. Ademais, os países membros devem recusar ou invalidar registros de marca que contenha ou consista em uma indicação geográfica com relação a produtos não originários do território indicado⁶.

O TRIPS contém dispositivos específicos que visam a proteger as indicações de origem de vinhos e destilados, vedando a utilização de expressões suavizadoras como “tipo”, “estilo”, “imitação”, “espécie” e outros. A atenção especial dada aos vinhos e aos destilados decorre da importância histórica desses produtos no desenvolvimento do instituto da indicação geográfica e de sua

4 THORSTENSEN, Vera. OMC – Organização Mundial do Comércio – as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 219

5 Art. 22.1 do TRIPS

6 Art. 22.2 e 22.3 do TRIPS

relevância econômica⁷. Essa proteção foi incorporada ao Brasil e não se estende aos demais produtos. A norma que estabelece os regulamentos técnicos de rotulagem de alimentos embalados⁸ determina que as denominações geográficas de um país, de uma região ou de uma população, reconhecidas como lugares onde são fabricados alimentos com determinadas características, não podem ser usadas na rotulagem ou na propaganda de alimentos fabricados em outros lugares, quando possam induzir o consumidor a erro, equívoco ou engano.

A norma ainda determina quando os alimentos são fabricados segundo tecnologias características de diferentes lugares geográficos, para obter alimentos com propriedades sensoriais semelhantes ou parecidas com aquelas que são típicas de certas zonas reconhecidas, na denominação do alimento deve figurar a expressão “tipo”, com letras de igual tamanho, realce e visibilidade que as correspondentes à denominação aprovada no regulamento vigente no país de consumo.

Essa norma não está relacionada unicamente aos produtos cuja indicação geográfica foi registrada. Seu propósito é evitar a indução do consumidor a erro, equívoco ou engano. Mas ela não confere proteção adicional aos produtos com indicação geográfica reconhecida, o que significa que a proteção da indicação geográfica no Brasil pode ser, em certa medida, contornada pela utilização de

7 SILVA (2014) indica a existência de atribuição reputacional para vinhos relacionados à região de origem desde a Antiguidade, em que os gregos adotavam maneiras de gravar a procedência em seus produtos (p. 26). O desenvolvimento do instituto da indicação geográfica também se relaciona com a produção vinícola, com o pioneirismo português, ainda no século XVIII, em que é criada a “Companhia Geral da Agricultura das Vinhas do Alto Douro visando assegurar a qualidade do produto, evitando adulterações, equilibrando a produção e o comércio, e estabilizando os preços sempre oscilantes. Nasce aí a primeira delimitação da área de produção”. Em 1907, Portugal estabelece o que ficou considerada como primeira indicação geográfica protegida da história, ao editar um decreto que visava regulamentar a produção, a venda, a exportação e a fiscalização do Vinho do Porto, delimitando área de produção com mecanismos de controle. (p. 30) Na França, a proteção à indicação de origem foi atribuída, inicialmente, aos vinhos (1919), aos destilados (1935) e aos derivados do leite (1960). Somente em 1990 a proteção de origem foi estendida a todos os produtos da cadeia agroalimentar (p. 34).

8 Resolução de Diretoria Colegiada – RDC n. 259, de 20 de setembro de 2002, editada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

expressões suavizadoras, como é a expressão “tipo”⁹.

A proteção da indicação geográfica como signo de distinção de um produto decorre da ideia de apropriação da renda de um produto singularizado pela coletividade residente na região cuja notoriedade conferiu valor à produção. A delimitação geográfica e da técnica, o estabelecimento de sistema de qualidade e de controle têm o intuito de assegurar a permanência das características que contribuíram para o ganho de reputação do produto, e sua consequente exploração econômica.

O produto que é protegido por uma indicação geográfica não é, necessariamente, melhor que um produto não certificado, mas dele é possível esperar a ocorrência de um conjunto de características definidas que podem ser facilmente identificadas pelo consumidor¹⁰. Não se trata de uma diferenciação de qualidade atestada pela um órgão do Estado, mas apenas do reconhecimento e da estabilização de uma técnica e de características físicas do produto. A qualidade do produto é referenciada por uma atribuição de valor difusa e pela reputação, não conferida pela certificação. Nesse sentido, as indicações geográficas precisam ser reconhecidas como diferenciadas pelo consumidor ou pelo público especializado para que tenham função econômica.

A proteção do direito de propriedade intelectual relacionado à indicação geográfica diferencia apenas os produtos de determinada origem de produtos alienígenas. O consumidor saberá, portanto, que adquire determinado produto do qual tem a expectativa de que determinadas características estejam presentes no produto adquirido. Essas são características que singularizam o produto regional sem, no entanto, apagar as diferenciações de qualidade e de reputação individual. A indicação geográfica confere reputação coletiva, mas não rivaliza com signos próprios individuais, de forma que marcas diferentes, de produtores diferentes, terão valores intrínsecos diferentes a depender da reputação da marca individual, ainda que ambas sejam procedentes da mesma região

9 A única vedação à utilização de expressões suavizadoras é para as denominações de vinhos e de bebidas alcólicas com essas características.

10 SILVA, Antenor Roberto Pedroso da. Indicações geográficas e estratégia territorial competitiva: estudo comparado: Brasil x Espanha. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Economia, 2014 p. 28

protegida.

O paralelo entre marca e indicação geográfica é importante, porque ambos buscam identificar um determinado produto ou conjunto de produtos em razão de uma confiança do consumidor com relação à qualidade esperada do produto. Ambos representam signos de distinção do produto com relação aos demais, mas possuem objetos de proteção distintos: enquanto a marca individualiza um produto ou um produtor, a indicação geográfica singulariza uma coletividade regional.

2.2 A proteção da identificação geográfica no Brasil

No Brasil, a proteção da indicação geográfica é prevista na Lei de Propriedade Industrial¹¹, e busca proteger um patrimônio imaterial que surge da reputação de determinada região a um produto ou a um serviço particular. O direito brasileiro prevê duas espécies de indicação geográfica, a indicação de procedência e a denominação de origem. Enquanto a primeira refere-se a nome geográfico de região que se tenha tornado conhecida como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço¹²; o segundo refere-se a região que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos¹³.

Para o reconhecimento da denominação de origem como direito de propriedade intelectual, deve-se apresentar não apenas a comprovação da notoriedade, mas também a descrição das qualidades e as características do produto ou serviço que se destacam,

11 O Direito de propriedade intelectual pode ser dividido em duas áreas principais: os direitos de autor e de propriedade industrial. As indicações geográficas são uma espécie do direito de propriedade industrial, protegida no Brasil pela Lei n. 9.279, de 1996, cuja administração está a cargo do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). O INPI, portanto, não é competente para tratar de assuntos relacionados aos direitos de autor, copyright e direitos sobre obras artísticas e literárias. A competência da autarquia se restringe aos direitos de propriedade industrial, dos quais são espécies as patentes de invenção e de modelo de utilidade, os desenhos industriais, as marcas e as indicações geográficas.

12 BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, art. 177

13 BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, art. 178

exclusiva ou essencialmente, por causa do meio geográfico e dos fatores naturais e humanos presentes na região identifica. Ademais, a denominação de origem incorpora elementos de qualidade e de técnica que pressupõem a existência de uma estrutura de controle sobre os produtores ou prestadores de serviços¹⁴.

O Manual de Indicações Geográficas¹⁵ define o conceito de fatores naturais e de fatores humanos presentes na norma que conceitua a denominação de origem prevista em lei:

“Fatores naturais – elementos do meio geográfico relacionados ao meio ambiente, como solo, relevo, clima, flora, fauna, entre outros, que influenciam as qualidades ou características de produtos ou serviços de uma determinada área geográfica, diferenciando-os de outros oriundos de área geográfica distinta”.

“Fatores humanos – elementos característicos da comunidade produtora ou prestadora do serviço, como o saber-fazer local, incluindo o desenvolvimento, a adaptação ou o aperfeiçoamento de técnicas próprias. É o modo de fazer único dos produtores e prestadores de serviço que se encontram no território, isto é, o conhecimento acumulado pela população local, passado de geração em geração.”¹⁶

Os elementos naturais e humanos se conectam não apenas no saber histórico que confere notoriedade à produção da região, mas no método e na técnica de fabricação, que formarão parte do registro da indicação geográfica. Essa conjunção de elementos naturais e humanos define-se por um “*cluster* que se vincula a uma determinada capacidade de empreendimento que surge no local (...) [cuja] vocação [é] potencializada pelas condições territoriais”¹⁷. A manutenção das características do produto pressupõe a existência

14 BARBOSA, Denis Borges, Uma introdução à propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 795

15 Versão do Manual de Indicações Geográfica, em formato de minuta, esteve em consulta pública

16 Manual de Indicações Geográficas (Minuta sob consulta pública) Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/indicacoes-geograficas/arquivos/consulta-publica/MinutaManualdeIndicaesGeograficasParaConsultaPblica.pdf> Acesso em 28 de agosto de 2020 p. 12

17 GURGEL, Viviane Amaral. Aspectos Jurídicos da Indicação Geográfica. In: Valorização de produtos com diferencial de qualidade e identidade: indicações geográficas e certificações para competitividade nos negócios / organizado por Vinicius Lages, Léa Lagares e Christiano Lima Braga. – Brasília: Sebrae, 2005. p.56

de um protocolo de aferição da qualidade e da aderência aos elementos característicos do produto, geralmente administrada por uma estrutura de controle organizada.

A estrutura de controle organizada é, normalmente, entidade de representação coletiva, a qual foi definida como titular da legitimidade para solicitar o registro perante da autoridade administrativa, atuando como substituto processual da coletividade de produtores ou de prestadores de serviço que tiver direito ao uso do nome geográfico.¹⁸

Para atingir o objetivo da norma de evitar a concorrência desleal, a proteção estende-se à representação gráfica ou figurativa da indicação geográfica, bem como à representação geográfica de país, cidade, região ou localidade de seu território cujo nome seja indicação geográfica¹⁹. Dessa forma, não apenas a referência direta e textual à região é protegida, mas também o é toda alusão que possa levar a que o consumidor tome um produto por outro.

A lei prevê ainda que, quando o nome geográfico não será considerado indicação geográfica, se houver tornado de uso comum, designando o próprio produto ou serviço,²⁰. Esse é o caso, por exemplo, do queijo minas, cuja vulgarização da denominação tornou a qualificação “queijo minas” como uma espécie de queijo branco, não podendo ser apropriado como indicação geográfica. Nesse sentido, o queijo minas pode ser produzido em qualquer estado brasileiro, podendo ser produzido a partir de insumos diferentes com técnicas diferentes, sem que isso implique a impossibilidade de uso da identificação comum de “queijo minas”. Por outro lado, a produção do queijo minas Canastra e do Serro são protegidas pela indicação de procedência, podendo ser utilizado apenas pelos produtores regionais, que sigam as técnicas definidas no registro da indicação de procedência.

Como a indicação geográfica é um direito coletivo, cuja titularidade pode ser individualizada aos produtores da região ou localidade protegida, Instrução Normativa 95/2018 do INPI determina que a legitimidade para a prática dos atos é atribuída a

18 BARBOSA, Denis Borges, Uma introdução à propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 796

19 BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, art. 179

20 BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, art. 180

entendidas coletivas, que atuam como substitutos processuais nos requerimentos de registro de indicação geográfica e nos demais atos perante a autarquia. Associações, sindicatos, federações, confederações ou qualquer outra entidade coletiva poderá atuar como substituto processual dos produtores localizados na região designada.

Na hipótese de haver um único produtor ou prestador de serviço para usar a indicação geográfica, esse poderá requerer em nome próprio o registro e demais atos perante o INPI. Importa destacar que a entidade coletiva não é o titular do direito de propriedade intelectual relacionada à indicação geográfica, razão pela qual a ausência de vínculo do produtor ou do prestador de serviço com a pessoa que requereu o registro não impede o uso da indicação geográfica, desde que sejam cumpridas as disposições técnicas e estejam sujeitos ao controle definido no registro.

3. Os benefícios concorrenciais do reconhecimento ao direito de propriedade intelectual relacionado à indicação geográfica

3.1 Diferenciação do produto e agregação de valor

A indicação geográfica é um direito coletivo²¹, cuja titularidade pode ser individualizada aos produtores da região ou localidade protegida. Nesse sentido, Instrução Normativa 95/2018 do INPI determina que a legitimidade para a prática dos atos é atribuída a entendidas coletivas, que atuam como substitutos processuais nos requerimentos de registro de indicação geográfica e nos demais atos perante a autarquia. Associações, sindicatos, federações, confederações ou qualquer outra entidade coletiva poderá atuar como substituto processual dos produtores localizados na região

21 Não se descarta a hipótese de haver um único produtor ou prestador de serviço para usar a indicação geográfica. Esse fato, porém, não descaracteriza a indicação geográfica como um direito de titularidade coletiva, na medida em que, instalando-se na região com indicação geográfica protegida, novos produtores ou prestadores de serviço podem passar a ter o direito de ostentar o signo regional, desde que siga a técnica regulada da produção.

designada²².

Essa titularidade compartilhada e coletiva conecta-se ao valor difuso atribuído pelo consumidor, que é aproveitada por todo produtor presente na região com indicação geográfica protegida, desde que cumpra os requisitos técnicos e de qualidade definidos no registro do direito de propriedade intelectual.

A indicação geográfica “agrega valor econômico ao fundo de negócio de todos aqueles estabelecidos no local que exploram aquelas atividades, formando o conteúdo de interesse comum daquela coletividade”²³, garante a penetração no mercado globalizado, satisfazendo as necessidades dos usuários, principalmente em relação a confiabilidade, na medida em que diminui a assimetria de informação, porque o signo regional opera como um elemento comunicativo.

Silva defende que a indicação geográfica funciona como marca do produto rural, de forma que “o processo de formação de uma indicação geográfica pressupõe a elaboração de uma estratégia que levará à conquista de vantagens competitivas, visando à formação e ao uso de uma marca que servirá para identificar a diferenciação do produto, conferindo uma ‘identidade territorial’ nos produtos autorizados a usá-lá”²⁴.

3.2 Autorregulação por meio dos mecanismos de controle como elementos de garantia de qualidade

Para que haja a proteção de uma indicação geográfica, deve-se comprovar que o nome geográfico se tornou conhecido. A reputação da região precede o reconhecimento do direito por meio do registro,

22 Importa destacar que a entidade coletiva não é o titular do direito de propriedade intelectual relacionada à indicação geográfica, razão pela qual a ausência de vínculo do produtor ou do prestador de serviço com a pessoa que requereu o registro não impede o uso da indicação geográfica, desde que sejam cumpridas as disposições técnicas e estejam sujeitos ao controle definido no registro.

23 RODRIGUES, Maria Alice Castro, MENEZES, José Carlos Soares de. A proteção legal da indicação geográfica no Brasil. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual nº 48 Set/Out 2000 p. 3

24 SILVA, Antenor Roberto Pedroso da. Indicações geográficas e estratégia territorial competitiva: estudo comparado: Brasil x Espanha. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Economia, 2014. p 62

de forma que a autoridade autárquica deverá reunir as informações necessárias para analisar a delimitação dos contornos geográficos da região protegida, assim como a estabilização das características do produto ou do serviço sujeito ao registro.

Para tanto, o INPI exige a comprovação de certos requisitos mínimos para análise do pedido submetido. Devem ser apresentados o nome geográfico, a descrição do produto ou serviço objeto da indicação geográfica, a delimitação da área geográfica, a descrição do processo de extração, produção ou fabricação do produto ou de prestação do serviço, a descrição das qualidades ou características do produto ou serviço que se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluindo os fatores naturais e humanos, e seu processo de obtenção ou prestação, para pedidos de registro de denominação de origem. Ademais, devem constar do pedido a descrição do mecanismo de controle sobre os produtores ou prestadores de serviços que tenham o direito ao uso da indicação geográfica, as condições e proibições de uso da indicação geográfica; e eventuais sanções aplicáveis.²⁵

O mecanismo de controle sobre os produtores ou prestadores de serviços que tenham o direito ao uso da indicação geográfica, bem como sobre o produto ou serviço, é essencial para que haja a adequada proteção do produtor que incorre nos custos de manutenção da qualidade do produto ou serviço e para que o consumidor manutenção da confiança do público no produto ou serviço protegido.

Imagine-se a situação em que determinado produtor deseja obter maior renda sobre os produtos fabricados, deixando de cumprir com o rigor técnico protegido, alterando a receita tradicional para incluir insumos mais baratos ou deixando de implementar etapas de controle interno de qualidade. Esse produtor se beneficiará da notoriedade do produto e dos custos incorridos pelos demais produtores para manter a qualidade que dá lastro à notoriedade do produto, para colocar à venda um produto cuja qualidade não obedece aos rigores da especificação técnica. Esse produtor

25 Manual de Indicações Geográficas (Minuta sob consulta pública) Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/indicacoes-geograficas/arquivos/consulta-publica/MinutaManualdeIndicaesGeogrificasParaConsultaPblica.pdf> Acesso em 28 de agosto de 2020 p. 53

pode prejudicar os demais produtores, caso seu comportamento conspurcar o signo geográfico do produto. Os demais produtores podem sofrer perdas econômicas em razão da falta de hígidez do comportamento de um cotitular do direito, cuja atuação difamou a indicação geográfica. Por essa razão, é imprescindível que o produtor ou prestador de serviço seja obrigado a se submeter aos mecanismos de controle.

Para evitar que o mecanismo de controle se torne um instrumento que impeça o acesso a um titular legítimo à indicação geográfica, as etapas do mecanismo de controle devem ser previstas de forma clara e objetiva, de modo que o produtor ou prestador de serviço entenda o processo de avaliação.

Os tipos de mecanismo de controle podem variar de acordo com as particularidades técnico-qualitativas do produto ou serviço, com o número de produtores ou prestadores de serviço, como tamanho da área geográfica delimitada, entre outros fatores²⁶. Os mecanismos de controle não precisam ter uma formatação única, podendo ser organizados de forma que privilegie o autocontrole – realizado pelos próprios produtores ou prestadores de serviço; o controle interno – realizado por órgão de controle interno da entidade coletiva; e ou controle externo²⁷.

A forma de controle e tipo de mecanismo deve ser acordado entre a coletividade titular da indicação geográfica, ainda que forme parte dos requisitos requeridos pelo INPI para análise do pedido de registro, ou seja sem o abandono a certo grau de institucionalização. Essa estratégia de autorregulação, em que as partes estabelecem padrões comuns de condutas na atividade especializada.

A autorregulação pode elevar o grau de comprometimento dos regulados com suas regras estabelecidas por eles próprios, trazer maior efetividade na detecção de violações pelo envolvimento dos

26 Manual de Indicações Geográficas (Minuta sob consulta pública) Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/indicacoes-geograficas/arquivos/consulta-publica/MinutaManualdeIndicaesGeogrificasParaConsultaPblica.pdf> Acesso em 28 de agosto de 2020 p. 56

27 Manual de Indicações Geográficas (Minuta sob consulta pública) Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/indicacoes-geograficas/arquivos/consulta-publica/MinutaManualdeIndicaesGeogrificasParaConsultaPblica.pdf> Acesso em 28 de agosto de 2020 p. 56

afetados e melhor compreensão das regras postas²⁸. Ademais, a ação catalisadora das entidades coletivas promove a governança territorial, facilitando o contato dos produtores individuais com os órgãos governamentais e com a sociedade, atuando no papel fundamental de consolidar a marca.²⁹ Dado o elevado grau de especificidade da técnica protegida, que regula um processo de produção ou de prestação de serviço, a autorregulação é a melhor técnica para o controle da conformidade com os padrões de qualidade relacionados à indicação geográfica.

Certamente, a raiz corporativista da autorregulação pode resultar em falta de transparência e defesa de interesses privados³⁰. Nesse sentido, os mecanismos de controle não devem configurar entraves ou obstáculos a sua utilização pelos produtores ou prestadores de serviços estabelecidos na área, se limitando ao exercício do controle sobre os produtores ou prestadores de serviço e sobre o produto ou serviço, analisando se os produtores ou prestadores de serviço estão estabelecidos na área geográfica delimitada e se cumprem com as especificações técnicas descritas no registro.

Deve-se ter especial atenção à autorregulação, porque os mecanismos de controle podem representar uma barreira à entrada a potenciais produtores ou prestadores de serviço estabelecidos na região em que há uma indicação geográfica reconhecida tanto na definição da técnica quanto em sua administração (custos do mecanismo de controle para produtores individuais). O corporativismo dos agentes econômicos estabelecidos em torno da entidade coletiva pode ser instrumentalizado para impedir o acesso ao direito de uso da marca regional, relevando a importância concorrencial dessa questão.

Ainda que se reconheça o potencial lesivo à concorrência, principalmente em termos de conduta das entidades coletivas que utilizam dos mecanismos de controle como barreiras à entrada, a

28 LOPES, Othon de Azevedo. Fundamentos da regulação. Rio de Janeiro: Processo, 2018 p. 192

29 CONCEIÇÃO, Valdir da Silva et alli. A Indicação Geográfica da Cachaça: Um instrumento de desenvolvimento regional e de Inovação. Brazilian Journal of Development. Curitiba, v. 6, n. 6, p. 35137-35155, jun. 2020. p. 13

30 LOPES, Othon de Azevedo. Fundamentos da regulação. Rio de Janeiro: Processo, 2018 p. 192

relação entre direito de propriedade intelectual e concorrência deve ter um foco de ferramenta de promoção à inovação e à concorrência dinâmica do que um interesse meramente repressivo.

A propriedade intelectual e o direito da concorrência são elementos de realização de política econômica, na medida em que são institutos utilizados pelo Estado para regular a ordem econômica. A exclusividade conferida aos titulares dos direitos de propriedade intelectual não rivaliza com o direito da concorrência, na medida em que ambos privilegiam políticas de incentivo que busquem promover a inovação como forma de estimular a diferenciação de produtos e a rivalidade entre as empresas.³¹

Ainda que se possa reconhecer situações de possível contradição da norma, como instrumentos de direito econômico, é possível identificar a interação como “sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico mediante a regulação, sob o ponto de vista macro-jurídico, da atividade econômica, de sorte a definir a disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal”³², em que há uma tradução normativa dos vários instrumentos da política econômica do Estado³³.

A política econômica é realizada por meio dos elementos de atuação do Estado constitucionalmente definidos, que preconizam a ordem econômica no ordenamento jurídico brasileiro como sujeita à interferência direta e indireta do Estado. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento³⁴ para dar efetivação à política econômica estatal.

Em sua função de agente normativo e regulador, a atuação do Estado deve conformar-se aos princípios e objetivos constitucionais de forma a observar e a promover, dentre outros princípios a

31 LANA, Paula Wardi Drumond Gouvea. Interação entre Direito da Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: o Instituto de Patentes Pipeline e seu Impacto na Concorrência do Mercado de Antirretrovirais no Brasil. Brasília: Revista de Defesa da Concorrência. RDC, Vol. 3, no 1, Maio 2015, pp. 181-205 p. 181

32 GRAU, E. R. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 149

33 COMPARATO, Fábio K.. O indispensável direito econômico, in: Ensaio e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978. pp. 453-72. 1978. p. 465

34 Constituição Federal. Art. 174

propriedade privada e a livre concorrência quando da consecução das políticas públicas. A proteção da propriedade intelectual, como elemento propulsor da inovação é essencial para o estabelecimento do ambiente jurídico em que se apoia a livre iniciativa.

Ainda que não se limite a produtos alimentícios, as indicações geográficas possuem uma vocação para atender à produção de gêneros agrícola ou de produtos relacionados à terra. Essa relação decorre do fato de a indicação geográfica estar conceitualmente relacionada a fatores geológicos ou climáticos. Ainda que o Brasil reconheça a possibilidade de ser proteger a prestação de serviço ou qualquer outro produto que tenha adquirido notoriedade em razão de sua procedência, o instituto está historicamente relacionado à produção de bens em cadeias produtivas de transformação do gênero agrícola.

São produtos que pertencem a dinâmicas de mercado muitas vezes comoditizadas com alto grau de substitubilidade. Produtos, no entanto, que se singularizam pela notoriedade alcançada merecem a proteção correspondente.

A reprodução da fabricação de produtos semelhantes em outras localidades não é desincentivada pelo reconhecimento da indicação geográfica. A maior demanda pelo produto ou a alta dos preços pode atrair novos fabricantes do produto. A identificação geográfica visa a proteger tão somente a marca regional reconhecida pela notoriedade, e busca coibir a reprodução falseada ou enganosa do produto. O Brasil é um tradicional produtor de café, que reconheceu o direito de uso de indicação geográfica ao café da Região do Cerrado Mineiro (em Minas Gerais), da Região da Serra da Mantiqueira (em Minas Gerais), do Norte do Pioneiro do Paraná (no Paraná), da Alta Mogiana (em São Paulo) e da Região do Pinhal (em São Paulo).

O reconhecimento da indicação geográfica não busca impedir a produção de café em outras regiões que possam contestar o mercado dos produtores de cafés dessas regiões, mas tão somente definir o direito de exclusividade do uso da expressão de cunho regional aos produtores ligados a cada região produtora. A existência de um mercado pulverizado dificilmente asseguraria ao titular do direito de propriedade intelectual ligado ao signo geográfico poder de mercado, na medida em que há substitutos próximos exercendo pressão competitiva.

No caso dos cafés, além da pressão competitiva interna dos

produtores de uma mesma região, há pressões competitivas entre as regiões protegidas e pressões exercidas por produtores externos. O esforço comum dos produtores de determinada região em divulgar o produto como uma marca regional pode catalisar a busca pela melhoria da técnica e da qualidade do produto. A garantia de proteção à indicação geográfica pode servir como meio de promover a concorrência dinâmica, incentivando os agentes econômicos³⁵ a investir em sua produção em busca de conquistar espaço em um mercado singularizado.

A proteção jurídica da indicação geográfica serve como um elemento propulsor de estratégias de inovação, ao garantir o direito de exploração da renda advinda da criação de valor por meio estratégias de singularização dos produtos e dos serviços comercializados. Há um incentivo de especialização e de concorrência num mercado especializado, em que a marcação regional serve como elemento de diferenciação do produto ou do serviço. Nesse sentido, a indicação geográfica representa uma ferramenta de agregação de valor que estimula a produção econômica e a inovação, aumentando o bem-estar do consumidor seja pela maior oferta de produtos, seja pela oferta de produtos com maior valor atribuído.

Os direitos de propriedade intelectual devem ser assegurados para que a inovação e a criatividade humana sejam incentivadas e premiadas. Na ausência de proteção adequada, a pesquisa e o desenvolvimento podem ser prejudicados, porque a ausência do direito de exclusividade sobre a exploração econômica sobre o conteúdo de sua criação impactaria o cálculo para o retorno do investimento. No âmbito das indicações geográficas, o fato de terceiros poderem se beneficiar do resultado reputacional de um produto regional sem incorrer nos custos associados ao investimento em técnica e ao controle de qualidade poderia arriscar a própria institucionalidade desse direito de propriedade intelectual.

A inexistência de um sistema de defesa do direito de propriedade intelectual prejudica a inovação e diminui o bem-estar coletivo. A diferenciação do produto gera valor para os consumidores, porque terão à disposição maior possibilidade de escolha de consumo, com níveis distintos de qualidade ou com diferença em valor

35 FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P 406

atribuído, de maneira que a variedade de produto permite que haja um recrudescimento da concorrência. É fundamental que a concorrência não apenas não comprometa a inovação, mas possa sobretudo funcionar como importante instrumento para incentivá-la.³⁶

Para a avaliação de eventual exercício anticompetitivo de direitos de propriedade industrial, a abordagem que melhor para a promoção da livre concorrência é a de verificar os efeitos das condutas de determinados agentes no mercado³⁷. Ainda que a preocupação de Frazão estivesse centrada nos efeitos da propriedade industrial sobre mercados derivados, em razão do papel da tecnologia na conectividade de mercado, o argumento da autora pode ser transposto a discussão sobre indicações geográficas, para que a análise concorrencial não implique limitação à inovação e à pesquisa e ao desenvolvimento, cujos desdobramentos possuem o potencial de gerar um alto grau de bem-estar aos consumidores e de valor à sociedade em razão da elaboração de signos distintivos no mercado final de produtos e serviços.

Para a indicação geográfica, as atenções concorrenciais devem centrar-se a atuação das entendidas de classe, para que elas não funcionem como barreiras à entrada. Recorde-se que a titularidade do direito à indicação geográfica é coletiva e não limitada, na medida em que o requisito de fruição do direito é objetivo, atribuído a um local e não a determinadas pessoas. Barbosa defende que o direito nasce do conhecimento do local como origem da atividade econômica, e não do registro, ainda que este possa ser requisito quanto aos efeitos das indicações na via administrativa³⁸. Como o direito brasileiro outorga à coletividade o poder de autorregulação, de maneira que são as entidades coletivas que elaboram o nível da técnica, de qualidade e de delimitação geográfica necessários para recebimento do signo identificador, é necessário estar atento para possíveis abusos do corporativismo das entidades coletivas.

36 FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017 p. 58

37 FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017 p. 62

38 BARBOSA, Denis Borges, Uma introdução à propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 797

A autorregulação pode implicar consequências concorrenciais, se a coletividade organizada atuar como barreira à entrada, impedindo, injustificadamente, a fruição do direito ao uso da indicação geográfica por produtores da região designada.

A obtenção da certificação de indicação geográfica não é constitutiva do direito de uso da marcação regional, e as entidades coletivas atuam como mecanismos de controle dos elementos geográficos e técnicos para que o produto ou o serviço seja qualificado para a marcação da indicação geográfica. Ademais, o direito de propriedade intelectual da indicação geográfica é singular e individual, não obstante multiplicidade de titulares³⁹. Porém, delegada às entidades coletivas a função de certificação, as associações, no uso de sua função autorreguladora podem funcionar como fatores limitadores da concorrência ao impor barreiras que podem ser produtivas, tecnológicas, financeiras, educacionais e/ou de certificação⁴⁰.

Como a indicação geográfica representa uma diferenciação no mercado por concessão de um selo conferido pelas entidades coletivas, as exigências técnicas para obtê-la pode funcionar como barreiras ao ingresso de novos competidores no mercado, limitando o acesso ao signo identificador do território. Como o nome geográfico não necessita ser obrigatoriamente a exata delimitação espacial atrelada ao nome oficial, o próprio traçado geográfico pode implicar uma limitação ao acesso ao direito de propriedade intelectual de modo injustificado.

O corporativismo, no entanto, não deve ser vilipendiado, porque o desenvolvimento reputacional e a manutenção dos valores de notoriedade requerem a atuação coordenada em prol do direito de propriedade intelectual coletivo. As relações de confiança entre os produtores ou prestadores de serviço da localidade são essenciais para que haja o esforço unificado em torno do propósito comum de manter a valor da marcação geográfica.

39 BARBOSA, Denis Borges, Da titularidade múltipla das indicações geográficas (março de 2014) Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#signos>. Acesso em 28 de agosto de 2020. p. 1

40 Manual de Indicações Geográficas (Minuta sob consulta pública) Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/indicacoes-geograficas/arquivos/consulta-publica/MinutaManualdeIndicaesGeogrificasParaConsultaPblica.pdf> Acesso em 28 de agosto de 2020 p. 65

O reconhecimento da notoriedade da marcação regional gera valor, o que possibilita aos titulares da indicação geográfica a obtenção de renda do monopólio. Uma vez que a exploração do direito de propriedade intelectual relacionado a determinado signo regional esteja limitada a determinados produtores ou prestadores de serviço, eles poderão auferir a renda do monopólio em razão do controle exclusivo do produto singularizado. Isso não significa concluir que não haja concorrência dentro produto singularizado, quando diferentes produtores, ainda que unidos pelo propósito de valorização comum do sino geográfico, atuam de forma independente e em livre concorrência.

Deve-se ter em mente, ainda, que a concorrência ocorre não apenas entre marcas de um produto singularizado, mas outros produtos disputam mesmo mercado. Para ficar ainda no exemplo do café brasileiro, os produtores do café da Região do Cerrado Mineiro concorrem não somente entre si, mas com produtores de cafés de outras regiões. A indicação geográfica de que são titulares os produtores do café da Região do Cerrado Mineiro confere-lhes a possibilidade de auferir lucros maiores, porque o consumidor pode atribuir um valor diferenciado àquele café, dadas as qualidades do grau de acidez conferido pelas características geoclimáticas da região (características do solo, do regime de chuvas, de altitude e de temperaturas), ao tipo de terra etc., mas isso não implica a ausência de rivalidades e entre esses produtores e os demais produtores de outras regiões⁴¹. De mesma forma, os produtores da cachaça da Região de Salinas concorrem entre si e com os demais produtores nacionais.

A renda do monopólio nesses casos, portanto, não deve ser vista como um problema concorrencial, mas como a possibilidade de exploração de um valor decorrente de um desenvolvimento orgânico, pela manutenção da reputação e da notoriedade atribuída ao produto regional.

Ainda que esse modelo possa implicar riscos à concorrência por meio da existência de barreiras à entrada, que pode ser objeto de uma perspectiva de atuação com controle repressivo, a indicação geográfica não rivaliza com a proteção da concorrência, porque

41 BARBOSA, Denis Borges, Uma introdução à propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 801

esse direito de propriedade intelectual representa uma ferramenta de agregação de valor que estimula a produção econômica e a inovação, aumentando o bem-estar do consumidor.

Conclusão

O Brasil possui alto potencial de uso da indicação geográfica para sua produção agroindustrial, de forma que esse direito de propriedade intelectual deve ser promovido, porque gera agregação de valor pela identificação de mercado singularizados para determinados produtos. Fabricantes e consumidores perdem com o não reconhecimento da indicação geográfica como um elemento distintivo do produto, que inspira confiança sobre as características do produto ou do serviço e diminui a assimetria de informação.

O direito de propriedade intelectual relacionado à indicação geográfica deve ser protegido porque incentiva a inovação e a diversidade do produto, que estimulam a concorrência dinâmica. A busca pela valorização da marca regional aumenta a renda dos produtores, promove o ambiente concorrencial e a estimula a manutenção de padrões de qualidade para o produto ou serviço protegido, com consequente aumento de bem-estar do consumidor.

A ausência de proteção prejudica a geração de valor decorrente da elaboração reputacional do produto, que implica perda do estímulo de mercado e perda de potencial crescimento orgânico de um produto. Mesmo com a conquista de direitos de indicação geográfica, os produtos singularizados continuam sujeitos à concorrência entre os titulares do direito ao uso da marca regional e à concorrência com os demais agentes do mercado.

A conduta de determinados agentes, no entanto, pode implicar potencial de limitação à concorrência, se os elementos de proteção e de controle forem utilizados como elementos de barreira a entrada. Como direito coletivo, o elemento corporativista regional é essencial para a estratégia de promoção da marca regional. O direito da concorrência deve concentrar seus esforços como elemento de repressão de condutas, como cuidado de não se tornar uma limitação das entidades coletivas, que atuam como fator agregador e propulsor da indicação geográfica.

Referência bibliográfica

BARBOSA, Denis Borges, Uma introdução à propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Da titularidade múltipla das indicações geográficas (março de 2014) Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#signos>. Acesso em 28 de agosto de 2020

BRASIL. Manual de Indicações Geográficas (Minuta sob consulta pública) Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/indicacoes-geograficas/arquivos/consulta-publica/MinutaManualdeIndicaesGeogrificasParaConsultaPblica.pdf> Acesso em 28 de agosto de 2020

_____. Resolução de Diretoria Colegiada – RDC n. 259, de 20 de setembro de 2002, editada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

COMPARATO, Fábio K. O indispensável direito econômico, in: Ensaios e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978. pp. 453-72. 1978.

CONCEIÇÃO, Valdir da Silva et alli. A Indicação Geográfica da Cachaça: Um instrumento de desenvolvimento regional e de Inovação. Brazilian Journal of Development. Curitiba, v. 6, n. 6, p. 35137-35155, jun. 2020.

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

GRAU, E. R. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GURGEL, Viviane Amaral. Aspectos Jurídicos da Indicação Geográfica. In: Valorização de produtos com diferencial de qualidade e identidade: indicações geográficas e certificações para competitividade nos negócios / organizado por Vinicius Lages, Léa Lagares e Christiano Lima Braga. – Brasília: Sebrae, 2005.

LANA, Paula Wardi Drumond Gouvea. Interação entre Direito da Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: o Instituto

de Patentes Pipeline e seu Impacto na Concorrência do Mercado de Antirretrovirais no Brasil. Brasília: Revista de Defesa da Concorrência. RDC, Vol. 3, no 1, Maio 2015, pp. 181-205

LOPES, Othon de Azevedo. Fundamentos da regulação. Rio de Janeiro: Processo, 2018

RODRIGUES, Maria Alice Castro, MENEZES, José Carlos Soares de. A proteção legal da indicação geográfica no Brasil. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual nº 48 Set/Out 2000

SILVA, Antenor Roberto Pedroso da. Indicações geográficas e estratégia territorial competitiva: estudo comparado: Brasil x Espanha. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Economia, 2014

THORSTENSEN, Vera. OMC - Organização Mundial do Comércio - as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

A remoção das barreiras ao investimento privado em saneamento: Oportunidades e Desafios da Lei nº 14.026/2020

Cíntia Leal Marinho de Araujo¹

RESUMO

O setor de saneamento básico é caracterizado como um Monopólio Natural, nesse caso, apesar de a prestação do serviço ser mais eficiente quando feita apenas por um único prestador, a concorrência pela prestação do serviço é importante para se exaurir ganhos de eficiência na partida. A Lei nº 14.026, sancionada em julho de 2020, atualiza o marco legal do setor de saneamento e se apresenta como um instrumento que busca viabilizar o aumento da eficiência, por meio da remoção de barreiras à entrada, além de introduzir outros instrumentos que visam colaborar para se atingir a universalização do serviço de saneamento básico à população brasileira.

Palavras-chave: Barreiras à entrada; saneamento básico; universalização.

ABSTRACT

The water and sanitation sector is characterized as a Natural Monopoly, in this case, although the provision of the service is more efficient when is done only by a single provider, competition for the provision of the service is important to exhaust efficiency gains at the beginning. Law no. 14,026, enacted in July 2020, updates the legal framework for the sanitation sector and presents itself as an instrument that seeks to enable increased efficiency, by removing barriers to entry, in addition to introducing other instruments that aim to collaborate to achieve the universalization of water and sanitation services to the Brazilian population.

1 Servidora Pública da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA é Economista com metrado em Economia pela Universidade Católica de Brasília. E-mail: cintia.araujo@ana.gov.br.

Keywords: Barriers to entry; water and sanitation; universalization.

Sumário: 1. Introdução; 2. Referencial Teórico: Barreiras à Entrada na Prestação de Serviços; 3. A situação de atendimento do setor e a necessidade de endereçar; 4. Alterações propostas pela Lei nº 14.026/2020; Conclusão; Referências Bibliográficas

1. Introdução

O presente trabalho busca apresentar como as mudanças trazidas pela Lei nº 14.026/2020, o novo marco legal do saneamento básico retira barreiras a entrada ao prestador privado, proporcionando garantias para que seja possível a competição pelo serviço.

O estudo está dividido em seis capítulos, que incluem esta breve introdução e conclusão do trabalho.

O segundo capítulo apresenta a metodologia utilizada para desenvolvimento do estudo.

O terceiro mostra o referencial teórico, apresentando como o setor de saneamento, apesar de ser considerado um monopólio natural, permite a competição pelo serviço como forma de apropriação de eficiência revertida para a prestação do serviço. O capítulo também apresenta como restrições a entrada podem ser criadas pelo próprio governo, apresentando ainda legislações específicas do setor de saneamento que impediam um setor mais competitivo.

O quarto capítulo apresenta um panorama da situação atual do setor de saneamento, mostrando o déficit atual e as grandes necessidades de investimento que devem ser realizados para universalizar o serviço.

O quinto capítulo complementa o estudo apresentando como o novo marco traz novas regras para endereçar as questões elencadas, retirando restrições à competição e estabelecendo regras mais rígidas para que o serviço seja prestado de forma a atender às necessidades de expansão e universalização do setor.

2. Referencial Teórico: Barreiras à Entrada na Prestação de Serviços

O setor de saneamento básico pode ser considerado, dos setores de prestação de serviços de infraestrutura, o que apresenta as características mais prevaletentes de um Monopólio Natural.

Dessa forma, a provisão desse serviço possui peculiaridades que precisam ser observadas na busca da universalização e atendimento do serviço para toda a população. Segundo Baumol (1977), a situação de monopólio natural se verifica quando há economias de escala em decorrência de duas características principais: custos médios decrescentes e função de custos subaditiva, sendo essa a característica de uma indústria em que produzir com mais de uma firma é mais dispendioso do que com apenas uma.

O setor de saneamento caracteriza-se como um monopólio natural, com elevado custo dos investimentos, o que faz com que seja ineficiente a existência de outra firma funcionando no mesmo local, impossibilitando a competição no fornecimento desse serviço. Na ausência da possibilidade de incentivar essa competição, faz-se essencial a competição pelo provimento do serviço (concorrência pelo mercado), que poderá ocorrer por meio de Leilões bem desenhados, de forma que seja possível exaurir os ganhos de eficiência na entrada.

No entanto, o setor de saneamento no Brasil viveu até recentemente uma situação em que a competição para o provimento do serviço era praticamente inexistente. Apenas com a sanção da Lei 14.026/2020, a barreira a entrada para a prestação desse serviço pelo operador privado foi removida.

Quando em 1981, Baumol e Willig, no artigo seminal “Fixed Costs, Sunk Costs, Entry Barriers, And Sustainability of Monopoly”, avaliaram as características que poderiam ter como implicações barreiras à entrada em um mercado, não estava entre os pontos analisados o impacto e restrição competitiva que legislações mal construídas podem gerar. Para os autores, uma barreira a entrada é qualquer restrição que imponha um custo a um novo entrante que não foi imposto ao incumbente.

A definição de Baumol representa uma flexibilização da definição clássica de Bain (1959), já que não considera como necessária a existência de economias de escala para que as barreiras existam. Bain define barreiras à entrada como qualquer restrição que permite à firma incumbente ganhar lucros extraordinários sem ser ameaçada por qualquer entrante.

Já Weizäcker (1979) define como qualquer vantagem sobre um entrante que um incumbente tem, se essa vantagem gera uma perda de bem-estar. Em alguma medida, é possível trazer essa definição

para a situação quando o próprio Governo cria barreiras artificiais à entrada de outra firma.

O setor de saneamento está inserido dentro do que pode ser considerado como indústria de infraestrutura, que também são chamadas de *public utilities*, ou seja, firmas inseridas na prestação do serviço público de indústrias de infraestrutura. Conforme destaca Gomez- Ibáñez (2003), há uma tendência a termos monopólios nessas indústrias, e por isso, o Governo precisa monitorar a prestação desses serviços por meio da Regulação. O autor destaca ainda que a atuação do governo precisaria ir além da preocupação com questões relativas ao monopólio nessas indústrias, sendo necessário desenhar uma prestação desses serviços de forma mais efetiva, além de monitorar e incentivar externalidades positivas geradas, com o objetivo de incentivá-las.

Para Ibáñez, o Monopólio Natural é a mais importante forma de barreira à entrada a indústria de infraestrutura. No entanto, ele ainda destaca:

created or artificial barriers are common as well, particularly those established by governments reluctant to exercise powers of eminent domain to create new infrastructure rights of way or desirous of protecting cross-subsidies that support low tariffs for poor customers or remote sections of the network. But natural monopoly is the most common barrier, and harder to avoid since it is inherent in the technology.

A criação de barreiras pelo governo pode se dar com o objetivo de garantir a qualidade da prestação de um serviço, como a exigência de certificações para exercer uma profissão ou até para vender um produto. A Regulação tem um papel essencial de combater as falhas de mercado (e de governo) e de reduzir ineficiências, sempre buscando equilibrar a relação entre o Governo, o Prestador do serviço e a sociedade.

No entanto, conforme argumenta Stigler (1971), “... em geral, a regulação é adquirida pela indústria e é projetada e operada, principalmente, para seu benefício”, ou seja, os grupos de interesse fazem pressão para que as legislações e regulamentos emitidos pelo Governo os beneficiem, buscando capturar o Governo para favorecê-los.

Conforme menciona o Guia de Advocacia da Concorrência (ECONOMIA/SEPEC, 2019), boa parte dos problemas de concorrência mais graves são gerados pelas restrições impostas

pelo próprio setor público. O Guia enfatiza ainda que nesse caso

os prejudicados, representados por toda a sociedade não sabem, muitas vezes, que a intervenção do Estado é que está criando reservas de mercado que destroem o bem-estar, especialmente na forma de preços mais altos.

Com o intuito de identificar e analisar restrições à concorrência impostas pelos governos, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE desenvolveu um toolkit que foi incorporado no Guia de Advocacia da Concorrência citado acima, o qual elenca os quatro tipos de restrições geradas pelo Estado: I) Limite do número ou da variedade de empresas II) Limite da capacidade das empresas de competirem entre si III) Diminuição do incentivo das empresas a competir IV) Limite do leque de escolhas do consumidor e da informação disponível.

O setor de saneamento viveu uma situação caracterizada pelo que Guia trata como “Diminuição do incentivo das empresas em competir” a medida em que, de acordo com um dos itens elencados no check-list, isentou um grupo de empresas da concorrência pela prestação do serviço.

2.1 Barreiras à entrada no setor de saneamento

O setor de saneamento básico, especificamente analisando os componentes que tratam de abastecimento de água e esgotamento sanitário, além de tratar da provisão de um bem essencial e sem substitutos, ainda possui peculiaridades que o caracterizam como o caso de um Monopólio Natural, como ganhos de economia de escala e elevado custo dos investimentos, não sendo eficiente mais de uma firma provendo o mesmo serviço.

Essas características já são suficientes para que se estruture a prestação desse serviço de forma que apenas um prestador atenda determinada localidade, porém é importante que se incentive a concorrência pelo direito de oferecer este serviço, como mencionado acima. Não sendo assim salutar a concorrência na prestação do serviço, mas sim pela prestação do serviço.

No entanto, a legislação que vigorava até a edição da Lei 14.026/2020 também inviabilizava a devida competição pelo serviço através de processo licitatório, criando barreiras para que o prestador privado concorresse pela prestação do serviço,

impossibilitando que ganhos de eficiência fossem exauridos no início da operação.

Mesmo o art. 175² da Constituição Federal sendo bastante claro com a necessidade de que essa prestação seja submetida a um procedimento licitatório, o que se verifica na prática é a utilização de artifícios para não submeter a prestação desse serviço a um procedimento competitivo. Inclusive houve manifestação pela irregularidade de contrato de prestação de serviço pro contrariar a regra constitucional³.

A utilização de subterfúgios legais para burlar o processo competitivo e delegar a prestação do serviço à Companhia de Saneamento do Estado, além de violar o preceito constitucional como destacou o desembargador Camilo Rulière, também se caracteriza como uma barreira à entrada para que o privado dispute

2 Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos

3 A decisão do TJRJ na Apelação Cível nº 0004772-52.2013.8.19.0064, é um exemplo deste caso, o desembargador Camilo Rulière destacou em seu parecer:

Fosse intenção dos demandados firmar convênio, providência inarredável seria a abertura de certame licitatório, pena de ferimento ao artigo 175 da Constituição Federal.

Tanto o Convênio de Cooperação firmado entre o Município de Valença com o Estado do Rio de Janeiro e a CEDAE, como o Contrato de Programa celebrado, na sequência, entre o Ente Municipal e a CEDAE, são inequivocamente inválidos, por **violação aos requisitos de validade da delegação dos serviços de saneamento básico previstos na Lei 11.445/2007.**

Na mesma medida, afronta regras da Lei de Licitações, da Lei de Concessões e Permissões e da Lei de Contratação de Consórcios Públicos.

Mais que isso. Afeta os princípios gerais da atividade econômica, mais precisamente, os artigos 170, inciso IV e 175 da Carta Política Nacional.

Arremate-se que, nada obstante a roupagem dada pelos réus à avença em comento, nominando-a de convênio, disso não se trata, posto que se cuida de verdadeiro contrato, certo que a delegação dos serviços de fornecimento de água e tratamento de esgoto sanitário deve ser formalizada através de contrato, vedada a disciplina por convênio, contrato de programa ou termos de parceria.

Tudo bem expandido, restou evidente que o Convênio de Cooperação e o Contrato de Programa firmado pelos réus foram uma manobra engendrada, um subterfúgio para mascarar a necessidade de delegação dos serviços através de prévio procedimento licitatório, a implicar a invalidade dos ajustes, como bem delineado na Sentença.

essa prestação de serviço público.

Essa situação pode ter relação com o atual cenário do saneamento básico, em que quase 100 milhões de brasileiros não possuem acesso à esgotamento sanitário, e mais de 30 milhões ainda não possuem abastecimento de água⁴

3. A situação de atendimento do setor e a necessidade de endereçar

Atualmente, o setor de saneamento básico conta, majoritariamente, com a operação das companhias estaduais de saneamento básico – CESBs, que estão presentes em 72% dos municípios. Por outro lado, o setor privado atende apenas 5,2% dos municípios e 25,7% são atendidos pelos serviços municipais (ABCON, 2020). Nota-se que a somatória⁵ ultrapassa 100%, isto se deve ao fato de que em muitos municípios o operador público presta apenas o serviço de abastecimento de água, cabendo ao privado o serviço de coleta e tratamento de esgoto.

A prestação do serviço de abastecimento de água e de esgotamento sanitário por diferentes operadores não tende a ser eficiente por não se beneficiar das economias de escopo pela prestação concomitante desses serviços pelo mesmo operador (NAUGES; VAN DEN BERG, 2008). Todavia, a prestação desses serviços por diferentes operadores está entre uma das inúmeras ineficiências observadas no setor.

Muitas vezes isso ocorre pela falta de capacidade do público em prestar o serviço de esgotamento sanitário, que muito se deve pela indisponibilidade de capacidade econômica financeira para realizar os investimentos necessários para o serviço. Assim, esse serviço é subdelegado a um prestador privado com capacidade para tal, o que explica a diferença entre o número total de prestadores e o número de municípios.

Apesar de estar presente em apenas 5,2% dos municípios, dados da Abcon (2020) mostram que o setor privado foi responsável por

4 Cálculo feito a partir de dados do SNIS2018 que informa que o déficit de coleta de esgoto é de 46,80% e de abastecimento de água de 16,40%.

5 O SNIS 2020 apresenta dados referentes a 5.627 prestadores.

mais de 20% dos investimentos direcionados ao setor em 2018.

Segundo dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS, em 2018, o total de investimentos realizados por todos os prestadores de serviços no setor correspondeu a R\$ 10,959 bilhões. Esses valores estão muito aquém do necessário para universalizar o saneamento no Brasil. Segundo estudo do setor (KPMG(ABCON), 2020) serão necessários R\$ 753 bilhões em investimentos para que a universalização do setor seja possível até o ano de 2033, conforme meta do Plano Nacional de Saneamento Básico – Plansab.

Para se atingir essa meta nos próximos anos, serão necessários muito mais investimentos do que o montante investido atualmente no setor. A grande necessidade de investimentos ocorre pois além dos investimentos necessários para a expansão do atendimento, também será preciso realizar investimentos para compensar a depreciação.

Segundo destacou o estudo da Abcon, do montante total estimado de investimentos, R\$ 255 bilhões serão necessários apenas para repor a depreciação do estoque de capital, enquanto para a expansão da rede para a universalização do serviço serão necessários mais R\$ 144 bilhões para abastecimento de água e R\$ 354 bilhões para esgotamento sanitário, totalizando R\$ 498 bilhões.

Esses investimentos na melhoria, manutenção e recomposição dos sistemas de saneamento básico se fazem extremamente necessários, especialmente quando se avalia os dados de perdas de água na distribuição. A Tabela 4 1 abaixo apresenta os dados de perdas por região no país.

Tabela 4 1: Índice de perdas na distribuição (IN049) - SNIS2018

Macrorregião	IN049
Norte	55.50%
Nordeste	46.00%
Centro-Oeste	35.70%
Sudeste	34.40%
Sul	37.10%
Brasil	38.50%

Observa-se que o Brasil ainda apresenta índices altos de perdas na distribuição de água, o que contribui para onerar o serviço, além

de significar um prejuízo à conservação dos recursos hídricos. O destaque negativo está nas regiões mais pobres, a região Norte tem uma perda superior a 50% de seus insumos. Já a região nordeste, onde a escassez hídrica é um tema extremamente sensível, possui uma perda de água próxima a 50%, demonstrando que apenas programas na região para aumento da oferta hídrica precisam ser aliados a uma melhoria desse índice e redução dos níveis de perdas.

3.1 Função de custo da operação do saneamento

Com o objetivo de se avaliar a eficiência dos gastos pelos operadores no setor, buscou-se construir uma função de despesas de exploração do serviço para comparar a função de despesas de operação das companhias públicas de saneamento básico - CESBs, que para esse exercício representam o operador público, e a função de despesas de operação das empresas privadas. O objetivo do exercício é comparar cada item que compõe as despesas de operação, de forma que seja possível identificar quais seriam os maiores gastos, verificando a diferença entre os componentes da função entre operadores públicos e privados. Essa comparação busca, inclusive, incentivar uma melhor gestão de recursos, para que seja possível aumentar o percentual destinado aos investimentos no setor na busca da universalização da prestação do serviço.

Para o exercício proposto, a função das despesas para a exploração do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário será considerada como o somatório das despesas de pessoal, produtos químicos, despesa de energia elétrica, despesa com água bruta importada, despesa de esgoto exportado, impostos e outras despesas de exploração. A Equação 1 abaixo representa essa função.

Função de Despesa de Exploração:

$$DEX = DP + PQ + EE + ST + \text{Água}_{imp.} + \text{Esgoto}_{exp.} + \text{Impostos} + \text{Outros}$$

(Eq. 1)

Os dados serão extraídos do SNIS (2018) e será feita uma comparação entre o tipo de prestador aplicando-se o filtro por natureza jurídica. Para fins dessa comparação foram selecionadas apenas “empresa privada” e “sociedade de economia mista com

administração pública". Esta última equivale à natureza jurídica das companhias estaduais de saneamento básico. Dessa forma, apresenta-se abaixo os componentes da equação 1, acompanhados dos códigos do SNIS.

Sendo:

DEX: Despesa de Exploração (FN015)

DEX_{pub}: Despesa de Exploração (FN015⁶) – filtro sociedade de economia mista com administração pública

DEX_{priv}: Despesa de Exploração (FN015⁵) – filtro empresa privada

DP: Despesa de Pessoal Próprio (FN010⁵)

PQ: Produtos Químicos (FN011⁵)

EE: Despesa de Energia Elétrica (FN013⁵)

ST: Serviço de Terceiros (FN014⁵)

Água_{imp}: Água Bruta Importada (FN020⁵)

Esgoto_{exp}: Esgoto Exportado (FN039⁵)

Impostos: Despesas Fiscais ou Tributárias computadas na DEX (FN021⁵)

Outros: Outras Despesas de Exploração (FN027⁵)

$$DEX_{pub} = 1,4273DP + 1,0305PQ + 1,1339EE + 1,1807ST + 1,0038Água_{imp} + 1Esgoto_{exp} + 1,1171Impostos + 1,1066Outros \quad (eq. 2)$$

$$DEX_{priv} = 1,2487DP + 1,0280PQ + 1,1563EE + 1,21715ST + 1,0523Água_{imp} + 1,0056Esgoto_{exp} + 1,1126Impostos + 1,1792Outros \quad (eq. 3)$$

A partir dos valores totais consolidados obtidos no SNIS para cada tipo de prestador, verificou-se o peso em termos percentuais que cada componente da despesa de exploração tem na função. Esses pesos são representados pelos índices que acompanham cada componente, de forma que seja possível comparar os gastos para cada componente entre tipo de prestador.

Com base nas funções de Despesa de Exploração dos prestadores públicos e privados, observou-se o componente que apresenta maior discrepância entre prestadores é o gasto com despesa de pessoal. A partir das equações 2 e 3 acima, verifica-se que o prestador público possui um gasto com salário de 42,73% em relação ao total das despesas de exploração, enquanto o valor dos gastos com salários

proporcionalmente à despesa de exploração do prestador privado é de 24,82%.

Avaliando-se esses montantes despendidos com despesa de pessoal por tipo de prestador, verifica-se que os valores médios gastos pelas CESBs é quase três vezes o valor médio gasto pelo privado. Enquanto as CESBs possuem uma média salarial de R\$ 158 mil anual, a média salarial do operador privado é de R\$ 66 mil (SNIS 2018).

Conforme apresentado por Araujo, C.L.M; Bragança, G.G.F e Faria, D.M.C., em POZZO, 2020, no *gráfico 1* abaixo de investimentos potenciais, caso os salários médios pagos pelos prestadores públicos fossem equivalentes aos pagos aos empregados das empresas privadas, R\$ 78 bilhões a mais poderiam ter sido investidos no período de 2007 a 2018.

Gráfico 1: Investimentos Potenciais



Fonte: Pozzo (2020)

Diante dos dados apresentados, evidencia-se a maior eficiência na operação pelo prestador privado. Dessa forma, verifica-se maior competitividade do setor privado pela prestação do serviço de saneamento, gerando ganhos de eficiência para o setor, que poderão ser revertidos em investimentos para universalizar a prestação do serviço.

4. Alterações propostas pela Lei nº 14.026/2020

A Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, atualiza o marco legal do saneamento básico e altera outras sete leis que regulamentam o setor, conforme discriminado a seguir:

- Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência nacionais sobre o serviço de saneamento;
- Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos;
- Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal;
- Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País;
- Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos;
- Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões;
- Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

Cada um desses dispositivos legais versa sobre um aspecto do setor de saneamento básico. A figura abaixo apresenta a forma como esses aspectos se integram na lei, trazendo uma reforma completa para o setor.

Figura 1: Integração dos Componentes de Reforma Estrutural do Setor de Saneamento Básico



Fonte: Elaboração Própria

A figura 1 apresenta a forma como os componentes estruturais se relacionam, entre eles e com os temas de abastecimento de água e esgotamento sanitário, que para fins de simplificação estão representados pelo saneamento, e resíduos sólidos. Observa-se que o componente institucional regulatório possui um destaque pela transparência, segurança jurídica e estabilidade que trará ao setor. O outro componente de destaque é o organizacional geográfico, que trata de um elemento central abordado na lei e essencial na busca da universalização.

No centro, a figura apresenta os temas mais impactados pelo novo marco, água, esgoto e resíduos. O abastecimento de água e esgotamento sanitário têm um destaque pois as alterações legais foram desenhadas com o objetivo principal de solucionar os déficits no setor. O tema de resíduos sólidos também teve pontos importantes endereçados pelo marco, como a obrigatoriedade de instituição da cobrança pelo serviço ao usuário final, o que trará sustentabilidade para o setor. O tema de drenagem também é um aspecto importante de saneamento básico, mas por não se tratar do foco principal das mudanças do marco, não está retratado na figura.

Por último os últimos dois componentes, o elemento contratual representa um dos instrumentos utilizados para viabilizar as

alterações no setor para atingir a universalização. Na outra ponta, as fontes de financiamento público também são utilizadas como um instrumento para possibilitar e garantir que essas novas regras sejam implementadas.

Abaixo esses elementos serão descritos individualmente, bem como as alterações legais específicas as quais estão relacionados.

O componente institucional-regulatório da figura 1 representa, principalmente, as primeiras duas alterações legais do novo marco legal. Ao atribuir à Agência Nacional de Águas - ANA a competência de editar normas de referência nacionais sobre o serviço de saneamento e possibilitar aos servidores da agência o respaldo legal para exercer esse papel, se buscou estabelecer um ambiente regulatório mais seguro, aperfeiçoando a legislação de gestão de recursos hídricos e saneamento básico.

Essa nova atribuição proporcionará uma maior uniformização das normas do setor, que hoje possui mais de sessenta agências subnacionais, com diferentes normas e níveis de maturidade institucional.

Entre as regras que deverão ser tratadas pela ANA, estão:

- Governança das agências reguladoras subnacionais, para que a regulação seja desempenhada por entidade autárquica, com independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira, atendendo os princípios de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões (art. 21 Lei 11.445/2007);
- Regulação Econômica com normas de regulação tarifária, contabilidade regulatória e indenização de ativos;
- Regulação Técnica, estabelecendo padrões de qualidade e eficiência para a prestação do serviço; metas de universalização e formas de avaliar o cumprimento dessas metas; regras para redução e controle de perdas; medidas de segurança, emergência, contingenciamento e racionamento; regras para reuso; e regras de substituição do sistema unitário para o sistema separador absoluto;
- Regulação Contratual, buscando a padronização dos modelos de contrato; estabelecer parâmetros de determinação de caducidade contratual; conteúdo mínimo para a prestação regionalizada; e procedimentos de fiscalização e sanções contratuais.

Com relação ao componente Contratual apresentado na Figura 1, ele possui o aspecto formal de padronização de instrumentos a ser elaborada pela ANA, mas também se refere a um dos maiores benefícios trazidos pelo novo marco, a retirada de barreiras à entrada do prestador privado. As alterações sobre a forma de contratar o serviço de saneamento ratificadas no art. 10 da Lei nº 11.445/2007, reforçam a necessidade de se cumprir o art. 175 da Constituição Federal, obrigando que a prestação do serviço, quando não prestada diretamente, seja precedida de licitação.

Assim, as alterações na Lei 11.445/2007 trazem grandes contribuições sobre a forma de contratar o serviço, especialmente do art. 10 ao art. 11-B, em que são elencadas as regras contratuais para aprimoramento da prestação do serviço.

Outro ponto que o novo marco vem esclarecer no art. 10-A, diz respeito à importância de que os contratos de pactuação do serviço contenham as cláusulas previstas no art. 23 da Lei nº 8.987/1995, equiparando em exigência e regra de atendimento a prestação por contrato de concessão e contrato de programa.

A prestação atual do serviço de saneamento muitas vezes é pactuada pelos chamados contratos de programa. Esses contratos são pactuados entre as empresas públicas e os municípios, sem licitação prévia. Esse formato de contratação representava uma vantagem do prestador público sobre o privado, além de representar um descumprimento da Constituição, conforme mencionado anteriormente.

Outro ponto que representava uma grande barreira ao prestador privado era o fato de a lei prever que em caso de privatização, esses contratos de programa seriam automaticamente extintos⁷, fazendo com que a empresa perdesse todo o valor.

Ainda sobre os contratos de programa, o que se verifica no setor é a falta de padronização desses instrumentos, a prestação do serviço é feita muitas vezes de forma precária, sem contrato, quando existem esses contratos não possuem metas de universalização do serviço, muito menos estão vinculados a regras regulatórias pactuadas no início da operação.

O objetivo do novo marco é uniformizar os contratos de prestação do serviço, equiparando em exigências os contratos de programa

7 §6º, art. 13 da Lei 11.107/2005 - Revogado

aos contratos de concessão, com a inclusão das cláusulas essenciais dos contratos de concessão para os contratos de programa. que não possuem metas ou regras regulatórias, dessa forma a inclusão dessas exigências busca mensurar o esforço necessário para a expansão do serviço e universalização no prazo definido na Lei.

Além das regras da Lei nº 8.987/1995, os contratos de prestação do serviço de saneamento também precisarão conter:

- Metas de expansão e eficiência dos serviços;
- Possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias;
- Metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião de extinção do contrato;
- Repartição de riscos entre as partes.

As metas de universalização que precisam ser perseguidas nesses contratos estão estabelecidas no art. 11-B, que define que essas metas de universalização precisam garantir o atendimento de 99% da população com água potável e de 90% da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033.

Dessa forma, a lei inclui a obrigatoriedade de metas de universalização do serviço a inclusão dessas exigências busca mensurar o esforço necessário para a expansão do serviço e universalização no prazo definido na Lei.

Além disso, para possibilitar que os contratos atuais que não possuam essas metas sejam ajustados, se estabeleceu um prazo até 31 de março de 2022 para que seja feito esse ajuste. Destacando ainda que, contratos licitados com metas diversas deverão ser mantidos, permanecendo inalterados. Nesse caso, as metas de universalização deverão ser buscadas de três formas:

- i. pela prestação direta da parcela que não está incluída no contrato de prestação de serviço;
- ii. com uma licitação complementar dessa parcela não atendida pelo contrato original; ou
- iii. por meio de um aditivo no contrato original licitado, com o devido reequilíbrio econômico-financeiro para inclusão das metas, com a condição que o prestador desse contrato concorde com esse ajuste.

O art. 10-B complementa os anteriores ao prever a necessidade de avaliação da capacidade econômico-financeira da contratada. Dessa forma, se garante que a empresa que prestará o serviço de saneamento terá capacidade financeira para realizar os investimentos necessários para a universalização da prestação do serviço em determinada localidade. Essa exigência é mais uma forma de equiparar os atuais contratos de prestadores públicos ao contrato do privado, já que este último passa por essa avaliação de capacidade no momento da licitação.

Para a aferição do cumprimento dessas metas, serão utilizados os seguintes critérios:

- O cumprimento das metas deverá ser verificado anualmente pela agência reguladora;
- O critério de aferição considera que para cada intervalo dos últimos cinco anos, as metas deverão ter sido cumpridas em, pelo menos, três;
- A primeira fiscalização deverá ser realizada apenas após o término do quinto ano de vigência do contrato;

Caso a agência reguladora verifique que as metas não estão sendo cumpridas, deverá iniciar procedimento administrativo com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas, incluídas medidas sancionatórias, com eventual declaração de caducidade da concessão.

O terceiro componente trata do aspecto Organizacional/ Geográfico também necessário para que se atinja a universalização de forma completa no território brasileiro. Para que seja possível atender a todos os municípios do nosso país é importante que se avalie a região de uma forma completa. Para isso, os requisitos de prestação regionalizada preveem três possibilidades de regionalização: A Região Metropolitana, de caráter compulsório, as Unidades Regionais de Saneamento Básico – URSB, em que o Estado desenha o agrupamento no qual o município se insere de forma voluntária; e por último, o Bloco de referência, no qual a União proporá o desenho para que os municípios se agrupem, caso a URSB não tenha sido estabelecida.

A agregação desses municípios é essencial para que se estabeleçam ganhos de escala que possibilitem a universalização do serviço de saneamento. Além disso, o agrupamento de municípios também

possibilita o melhor gerenciamento de recursos hídricos sob o ponto de vista da Bacia Hidrográfica, possibilitando a internalização de externalidades ambientais.

Além disso, conforme destaca KINDGOM (2005), a associação entre municípios pode aumentar a capacidade de endividamento do grupo, e melhorar o acesso a financiamentos. Verifica-se dessa forma, que o componente geográfico tem sinergia com o quarto componente que trata das fontes de financiamento. Dessa forma, a Lei prevê a regionalização como um condicionante para a disponibilização de recursos pela União para saneamento básico.

O quarto componente trata das fontes de financiamento, elemento essencial para viabilizar os investimentos e também instrumento utilizado pelo marco como *enforcement* para adoção das diretrizes estabelecidas pela ANA e como forma de incentivar a prestação regionalizada, já que esses dois pontos são condicionantes para o acesso à fontes públicas de financiamento.

As regras das fontes de financiamento apresentadas na Lei estão previstas no art. 50 da Lei nº 11.445/2007 e no art. 13 da Lei nº 14.026/2020, bem como na Lei 13.529/2017. Todos esses dispositivos buscam adequar o serviço ao Novo Marco, disponibilizando recursos da União para esses ajustes.

Por fim, verifica-se que a figura 1 busca apresentar a percepção de que esses componentes possuem sinergias importantes entre si e se influenciam mutuamente.

A Lei prevê que as normas de referência devem ser orientadas para estimular a concorrência, a cooperação entre os entes federativos, a regionalização e assegurar a prestação concomitante dos serviços de água e esgotamento sanitário.

Estudos do setor ressaltam que a agregação dos serviços proporcionam maior eficiência por meio de economias de escala e compartilhamento de custos, bem como maior capacidade humana, ressaltando que economias de escala na agregação e regionalização estão relacionadas a despesas gerais de gestão, custos operacionais e faturamento, maior capacidade profissional e troca de conhecimento, gestão integrada de recursos hídricos, maior acesso a financiamento e capacidade de atrair investimentos do setor privado (FERRO, 2017).

Observa-se assim que o novo marco legal do setor de saneamento buscou estabelecer regras que propiciam a entrada do parceiro

privado, retirando barreiras à entrada, garantindo tratamento igualitário com o prestador público, e estabelecendo regras regulatórias mais uniformes para o setor, como forma de garantir a estabilidade jurídica.

Conclusão

O trabalho buscou mostrar como as barreiras legais criadas pelo governo prejudicaram o serviço de saneamento básico em nosso país.

O novo marco do setor mapeou essas barreiras e procurou endereçar esses pontos, estabelecendo regras que permitam aos prestadores privados competir nas mesmas condições que o prestador público. Além disso, também se estabeleceu regras claras para a universalização do serviço, com metas de atendimento a 99% da população com serviço de abastecimento de água e 90% da população com coleta de esgoto até o ano de 2033.

Para que seja possível atingir a universalização é importante que os regulamentos infralegais previstos sejam publicados e garantam o *enforcement* previsto na Lei.

Também é importante que a ANA publique as normas de referência previstas para o setor e que a adoção dessas normas, bem como as alterações contratuais previstas, seja realizada com transparência para que a universalização do serviço chegue a todos os cidadãos.

Referências Bibliográficas

ABCON. **Panorama da participação privada no saneamento 2020: Tempo de avançar..**

BAIN, J. S. **Barriers to New Competition.** [s.l.] Harvard University Press, 1959.

BAUMOL, W. J. On the Proper Cost Tests for Natural Monopoly in a Multiproject Industry. **American Economic Review**, v. 67, n. 5, p. 809-822, 1977.

BAUMOL, W. J.; WILLIG, R. D. Fixed Costs , Sunk Costs , Entry Barriers , and Sustainability of Monopoly. **The Quarterly Journal**

of Economics, v. 96, n. 3, p. 405–431, 1981.

BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 158, n. 135, p. 1-91, 16 jul. 2020.

Dados SNIS acessado em 10/08/2020: <http://app4.mdr.gov.br/serieHistorica/>

ECONOMIA, M. DA; SECRETARIA ESPECIAL DE PRODUTIVIDADE, E. E C.-S. **Guia de Advocacia da Concorrência**. [s.l: s.n.].

FERRO, G. Literature Review : global study on the aggregation of water supply and sanitation utilities. n. August, p. 1–35, 2017.

GOMEZ-IBÁÑEZ, J. A. **Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts and Discretion**. [s.l.] Harvard University Press, 2003.

KINDGOM, W. D. **Models of aggregation for water and sanitation provision**. [s.l: s.n.].

KPMG(ABCON). **Quanto custa universalizar o saneamento no Brasil ?** [s.l: s.n.].

NAUGES, C.; VAN DEN BERG, C. Economies of density, scale and scope in the water supply and sewerage sector: A study of four developing and transition economies. **Journal of Regulatory Economics**, v. 34, n. 2, p. 144–163, 2008.

POZZO, A. N. D. **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico**. [s.l.] THOMSON REUTERS, 2020.

STIGLER, G. J. **The Theory of Economic Regulation**. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, p. 3–21, 1971.

WEIZÄCKER, V. **Barriers to Entry: A Theoretical Treatment**. [s.l: s.n.].

O acordo entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Estudo de caso

Adriano Pereira Rubim Silva¹
Rodrigo Abreu Belon Fernandes²

RESUMO

Análise crítica - a partir da intersecção entre tutela concorrencial e regulação setorial diante de demandas contemporâneas - da arquitetura legal e normativa que estabeleceu, de acordo com o Memorando de Entendimento de 28 de fevereiro de 2018 e com o Ato Normativo Conjunto nº 1, de 10 de dezembro de 2018, a estrutura de interação entre o Banco Central Brasil (BCB) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) no trato de aspectos concorrenciais em mercados regulados pelo BCB, avaliando-se as condições para uma atuação coordenada eficiente e eficaz das duas autarquias.

Palavras-chave: Regulação; Concorrência; Competência; Sistema Financeiro Nacional.

ABSTRACT

Critical analysis - from the intersection between competition protection and sectorial regulation in the face of contemporary demands - of the legal and regulatory architecture that it established, according to the Memorandum of Understanding of February 28, 2018 and the Joint Normative Act No. 1, of 10 of December 2018, the interaction structure between the Central Bank of Brazil (BCB)

1 Graduado pela Universidade Estadual de Campinas. Especialista em Direito Econômico da Regulação Financeira pela Universidade de Brasília. Banco Central do Brasil. adriano. E-mail: adriano.rubim@bcb.gov.br

2 Graduado pela Universidade de São Paulo, Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília e em Gestão Pública pela Fundação Getúlio Vargas. Conselho Administrativo de Defesa Econômico. E-mail: rodrigo.fernandes@cade.gov.br

and the Administrative Council for Economic Defense (Cade) in dealing with competitive aspects in markets regulated by the BCB, evaluating the conditions for an efficient and effective coordinated action the two municipalities

Keywords: Regulation; Competition; Competence; National Financial System.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Atual panorama brasileiro – regulação e concorrência no mercado financeiro nacional*; 3. *A interação entre regulação e concorrência*; 4. *Análise do cenário brasileiro*; *Conclusões*; *Referência*.

1. Introdução

A relação entre direito da concorrência e regulação estatal de mercados não é um tema trivial. Historicamente, seja pela participação ativa (e por muitas vezes monopolística) do Estado em diversos setores da economia, seja pelas dificuldades de desenvolvimento econômico privado oriundas de fatores tanto estruturais quanto conjunturais no Brasil, os efeitos da agenda de desestatização e a instituição de um marco regulatório emergente das décadas de 80 e 90 ainda se encontram em processo de amadurecimento e sedimentação.

Este processo tem se caracterizado, por vezes, por inflexões normativas e tensionamentos institucionais entre a autoridade da concorrência e órgãos responsáveis pela manutenção estrutural eficiente de mercados regulados. O aspecto mais crítico não consiste, obviamente, em um acirramento de ânimos ou em disputas por protagonismo técnico ou político, mas na percepção de uma mitigação de segurança jurídica experimentada pelos agentes econômicos administrados nestes mercados diante de situações de incongruência normativa ou dificuldade de se operacionalizar uma solução eficiente (ao menos subótima) de maneira tempestiva pela Administração Pública em sentido amplo.

Por outras palavras, quando uma determinada situação de mercado se encontra, por disposição de lei, sob controle de diferentes órgãos da Administração, com diferentes especialidades e objetivos, é ao menos desejável que estes devolvam aos administrados uma resposta (*output*) coerente num tempo razoável (tempestivo), já que

o tempo do mercado não é o mesmo tempo do processo burocrático dos órgãos da Administração: os arranjos econômicos se dão de forma cada vez mais veloz no mundo contemporâneo, dada a “disrupção” tecnológica.

No entanto, quando se estuda a intersecção entre regulação e concorrência, verifica-se que tutela desta última muitas vezes contrasta - e em algumas situações de maneira diametralmente oposta - com a necessária garantia da infraestrutura, estabilidade prudencial e resiliência de mercados marcados por inerentes falhas³. Ainda que o objetivo final seja o “bem estar do consumidor”, este *locus* é perseguido por enfoques ou “caminhos” diversos: no primeiro caso, através de controle *ex-post* sobre os mecanismos de mercado, visando a medidas estruturais que gerem eficiência alocativa; no segundo, através de medidas *ex-ante* de substituição destes mesmos mecanismos, visando a medidas comportamentais que gerem outros efeitos (como universalização dos serviços e integração estruturante) caros a outros valores constitucionalmente previstos, e portanto desejáveis ainda que, em certos casos, em detrimento de um ambiente concorrencialmente ótimo.

Neste cenário, a demanda por alinhamentos entre diferentes órgãos, buscando viabilizar processos burocráticos mais versáteis, razoáveis e flexíveis, tem se mostrado uma tendência imperativa. Diversos são os modelos estruturais teóricos que podem ser adotados por uma jurisdição: desde a desregulação completa até a isenção antitruste, sendo que o Estado pode adotar modelos de intervenção mais incisivos, ou não, conforme o ramo ou o setor econômico, seu estado de evolução e o direcionamento político do governo de momento.

A opção por quaisquer destas modelagens implica assunção (e endereçamento) de riscos, tais como flexibilidade institucional, eficiência, custo burocrático, conflitos de competência, captura. Estando a Administração Pública adstrita ao princípio da legalidade estrita (artigo 37 da Constituição Federal de 1988), o ambiente normativo criado e posto para tratamento destes riscos é, portanto, a chave para um *design* institucional exitoso do modelo.

No entanto, considerando que em nosso ordenamento

3 A doutrina econômica reconhece a existência de quatro falhas de mercado: poder de mercado, informação assimétrica, bens públicos e externalidades.

constitucional a edição de alteração de leis é monopólio do Poder Legislativo, e vinculado ao trâmite de processo político, novamente se esbarra em situações de conflito entre o tempo de mudança de um arranjo legal e o tempo das necessidades sociais que se sobrepõem, superam e sucedem.

No mercado financeiro, vislumbra-se que a definição de design institucional ótimo vem passando por um processo de maturação marcado notadamente por uma aproximação e interlocução cada vez mais intensa entre a autoridade da concorrência (Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade) e o órgão regulador (Banco Central do Brasil - BCB). Este processo se intensificou pela necessidade, em essência: (1) de diminuição de assimetria de informação pelo Cade quanto aos possíveis impactos de suas decisões em análise de processos de concentração econômica e de punição de práticas anticompetitivas, e (2) do BCB fomentar um Sistema Financeiro crescentemente mais eficiente e preparado para os movimentos disruptivos da economia digital, sem perda dos necessários níveis de segurança.

O objetivo deste artigo é investigar, a partir da análise da arquitetura legal e normativa vigente, à luz de parâmetros doutrinários, se o design recentemente adotado pelo BCB e pelo Cade no âmbito do Sistema Financeiro Nacional cria condições para uma atuação eficaz das duas autarquias, em vista das presentes necessidades de mercado, voltadas para a agilidade e acurácia das decisões das duas agências.

2. Atual panorama brasileiro - regulação e concorrência no mercado financeiro nacional

2.1. O marco legal

O sistema concorrencial brasileiro vem escorado no primado do trabalho humano e da livre iniciativa. Neste contexto, a livre concorrência é inserida no ordenamento pátrio como princípio basilar da Ordem Econômica pelo inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

Tanto a Lei nº 8.884/94 (revogada) quanto a atual Lei nº 12.529/11 (esta, estruturando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC) expressamente refletem, em seus artigos 1º (ao definir seu

objeto de prescrição), os princípios do dispositivo constitucional.

Ou seja, encontra-se constitucionalmente reconhecido que a livre concorrência, como arquitetura instrumental de um regime capitalista⁴ democrático, é um imperativo para a consecução dos objetivos constitucionais previstos no artigo 3º da Carta Magna.

Para o exercício da tutela do ambiente concorrencial livre, a lei vigente previu dentre as competências do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, nos termos de seu artigo 9º, *“decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei”* (inciso II), *“ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar”* (inciso IV), *“aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações”* (inciso V) e *“apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração”* (inciso X), sendo que suas decisões *“não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo”* (§ 2º). Dentre as competências dos Conselheiros, encontra-se a possibilidade de *“adotar medidas preventivas, fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento”* (artigo 11, inciso IV).

Por expressa previsão legal, tais competências são exercíveis sobre quaisquer pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, entidades de fato ou de direito, ainda que sem personalidade jurídica ou até em exercício de monopólio legal (artigo 31). Do que se conclui que o direito da concorrência possui vigência e eficácia de maneira transversal sobre os mais variados setores econômicos, não havendo a princípio quaisquer limitações para seu exercício pelos órgãos que formam o SBDC.

O Sistema Financeiro Nacional, por sua vez, encontra base constitucional no artigo 192 da Constituição Federal e objetiva promover o desenvolvimento equilibrado do país e servir aos interesses da coletividade.

Assume, assim, um papel de fomento da atividade econômica a partir da criação de um ambiente estrutural para o inter-

4 Conforme Eros Grau preceitua, a sociedade capitalista é jurídica, sendo o Direito instrumento de instituição e organização do mercado. A esse respeito, vide Grau, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. P. 32

relacionamento entre poupadores e tomadores de recursos. Segurança e estabilidade se apresentam como pressupostos imprescindíveis à utilidade e eficácia deste sistema – não é possível pensar num ambiente de insegurança jurídica e/ou negocial como apto a propiciar crescimento econômico sustentável, já que este é baseado nas expectativas entre os agentes de mercado envolvidos e na confiança de robustez e liquidez do sistema.

A lei de regência do Sistema Financeiro Nacional é a Lei nº 4.595/64, que prevê, dentre as instituições que dela fazem parte, o Banco Central do Brasil – BCB (artigo 1º), cujas atribuições, dentre outras estipuladas pelo artigo 10, incluem *“exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas”* (inciso IX), *“conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas”* (inciso X, “c”), *“alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário”* (artigo X, “g”), e *“participar do capital de quaisquer sociedades”* (artigo 30).

Ainda sobre as instituições financeiras, prevê o § 2º do artigo 18 da Lei nº 4.595/64 que o BCB *“no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos desta lei”*.

Ademais, como instrumentos de intervenção preventiva no mercado, destacam-se as competências previstas na Lei nº 9.447/97.

Como se pode ver, as leis de regência dotaram o BCB de natureza de supervisão no Sistema Financeiro Nacional, como órgão responsável pelo controle das distorções e dos riscos prudenciais deste mercado (estruturais e conjunturais), com poderes de inclusive coordenar alterações no cenário concorrencial como forma de prover a segurança e estabilidade deste mercado.

A (aparente) sobreposição de atribuições legalmente estabelecidas entre Cade e BCB, bem como a (falsa) divergência dos objetivos das políticas públicas a ser desempenhada por ambos os órgãos, gerou uma discussão jurídica que atravessa décadas, sem solução definitiva.

2.2. A discussão jurídica

O caso de divergência entre BCB e Cade é emblemático. Nas

palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto⁵:

O Caso Bacen v. Cade é de notável importância na conformação do Estado Regulador brasileiro não tanto por sua questão material, mas sim pelas questões subjacentes que os argumentos suscitam e que se espraiam sobre o sistema regulatório como um todo.

Sem adentrar no histórico da discussão⁶ entre os dois órgãos, tampouco na participação da Advocacia Geral da União - AGU e do Poder Judiciário, nos limitaremos neste artigo a apresentar as teses que geraram a controvérsia que versa, basicamente, sobre dois aspectos: (1) à titularidade da competência para tutela concorrencial das instituições financeiras e (2) à exclusividade desta titularidade.

A tese do BCB se escora no entendimento de que os artigos 10 e 18, incluindo seus parágrafos, da Lei nº 4.595/64, foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar, portanto passíveis de mudanças apenas por meio de rito e quórum específico estabelecido pela Carta Magna. Assim, as alterações trazidas pela Lei nº 8.884/94 (e, posteriormente, nº 12.529/11), lei ordinária, não teriam o condão de alterar sua competência exclusiva para regulação financeira, dada a hierarquia normativa.

A característica que permeia a tese do BCB é que ela defende a posição intrínseca da regulação concorrencial como um aspecto dentro da regulação técnica e econômica, ou seja, não seria possível exercê-la em dissonância com as outras duas, notadamente considerando os riscos sistêmicos e prudenciais envolvidos. A competência conferida pelo artigo 5º da Lei nº 9.447/97, com relação à prevenção de riscos sistêmicos, confirmaria esta necessidade de integração profunda, mitigando a concorrência em prol da resiliência do sistema e do mercado. Esta característica é que define a opção pela concentração de sua competência e, ao final,

5 Neto, Floriano et al. **Dinâmica da Regulação. Estudos de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa.** P. 250

6 Para um resumo suficiente à compreensão do leitor sobre o histórico da discussão, com remissão aos documentos que possam interessar para consulta, recomenda-se a leitura do artigo de Micaela Barros Barcelos Fernandes **Cade e Bacen: do conflito de competência à atuação conjunta no mercado financeiro.** Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cade-e-bacen-do-conflito-de-competencia-a-atuacao-conjunta-no-mercado-financeiro-21112018

pelo estabelecimento de uma isenção antitruste quanto ao sistema financeiro.

A tese do Cade, por sua vez, procede numa distinção entre o controle preventivo de concentração estrutural de instituições financeiras e o controle repressivo de condutas infrativas à ordem econômica praticadas por elas, concluindo pela complementaridade das competências dos órgãos na primeira atribuição e exclusividade de sua competência na segunda.

Para tal, os dispositivos referentes à tutela concorrencial prevista na Lei nº 4.595/64 não teriam sido recepcionados pela Constituição Federal de 1988 com *status* de lei complementar (por não estarem expressamente previstos no artigo 192 da Carta Magna), tratando-se de lei ordinária e portanto passível de derrogação por lei posterior ou específica. Ademais, a Lei nº 8.884/94 (e, posteriormente, a Lei nº 12.529/11), além de posteriores, possuiriam natureza geral sobre as leis de caráter regulatório no sentido de preencher as lacunas de tutela do mercado não exauridas por esta atividade – e neste sentido os dispositivos previstos nos artigos 18, § 2º, da Lei nº 4.595/64 e 15 da Lei nº 8.884/94 não são incompatíveis, podendo coexistir.

2.3. A interação dos órgãos

O conflito positivo de competência encontra-se posto nas teses de ambas as instituições, que acabou por resultar na edição do Parecer GM-20, do Advogado Geral da União, aprovado pelo Presidente da República (e, portanto, vinculante). O entendimento apontou para a existência de uma competência privativa do regulador (BCB) no trato da questão concorrencial sobre o Sistema Financeiro Nacional.

No entanto, as necessidades de mercado, assim como a percepção do BCB no sentido de que a atuação harmônica com o Cade traria melhores condições para mercados regulados, acabaram por demandar a aproximação interinstitucional dos órgãos - o que ocorreu a partir de 2017⁷.

Nessa linha, conforme o descrito, BCB e Cade, por meio da

7 Cade e BCB chegaram a ensaiar uma aproximação em 2008, por meio da assinatura de um protocolo de entendimentos. No entanto, o BCB editou a Circular nº 3.590, de 26 de abril de 2012, dispondo sobre matéria concorrencial e criando uma linha de atuação autônoma em relação ao Cade.

Portaria Conjunta nº 3, publicada no Diário Oficial da União em 22 de agosto de 2017, instituíram Grupo de Trabalho (GT) composto por seus servidores “para realizar estudos sobre a defesa da concorrência no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN), inclusive quanto à forma e os limites de atuação do Banco Central do Brasil e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e de cooperação entre as instituições”.

O resultado do GT foi a assinatura conjunta, em 28 de fevereiro de 2018, de um Memorando de Entendimento entre as autarquias, estabelecendo um protocolo de intenções com o reconhecimento de que o modelo de compartilhamento e complementaridade de competências de análise de operações de concentração econômica entre instituições financeiras é uma alternativa que agrega eficiência ao Sistema Financeiro Nacional.

Por meio do Memorando, Cade e BCB reconhecem a competência concorrente para a análise de atos de concentração no setor financeiro, ressalvada as hipóteses de risco prudencial sistêmico, que possa comprometer a solidez e a estabilidade do Sistema Financeiro.

Ademais, as partes ainda se comprometeram a trabalhar conjuntamente para a alteração do marco legal vigente, consubstanciada em Projeto de Lei Complementar (PLS nº 350/2015), já aprovado pelo Plenário do Senado em Abril de 2018 e remetido à Câmara de Deputados, onde recebeu o número PLP 499/2018 e foi apensado a outro projeto de lei (PLP 265/2007), aguardando tramitação.

Em continuidade de interação, em dezembro de 2018 as instituições assinaram o Ato Normativo Conjunto nº 1/2018, que concretizou o protocolo de intenções constante do Memorando de Entendimentos e estabeleceu “janelas” nos procedimentos internos conjuntos de ambas as instituições para intercâmbio de informações e atuação complementar na análise de atos de concentração (controle preventivo de estruturas) e na apuração e combate a práticas anticompetitivas (controle repressivo de condutas)⁸.

8 Tanto em nível operacional (para cada caso concreto – artigos 1º, 3º e 5º), quanto em nível gerencial-estratégico (artigo 4º).

3. A interação entre regulação e concorrência

Parece haver muito pouco espaço no ordenamento jurídico pátrio - e tampouco na experiência internacional - para se admitir a opção exclusionária entre regulação ou concorrência no Sistema Financeiro⁹. Os efeitos para a resiliência, estabilidade e segurança do sistema estariam comprometidos se a regulação setorial fosse extirpada; por outro lado, inovação, eficiência e bem estar do consumidor restariam mitigados no caso de um ambiente concorrencial concentrado.

Ademais, a necessidade de existência de órgãos técnicos especializados no trato da matéria específica (sistema financeiro) é um imperativo¹⁰ diante da crescente dinâmica desse mercado e dos a ele correlatos. Apesar de sua competência transversal, a autoridade da concorrência não detém conhecimento técnico profundo sobre o regime prudencial e as consequências da manipulação e regulação do ambiente financeiro.

Sobre esta necessidade, Pedro Dutra ressalta a necessidade de regulação no sistema financeiro ao analisar a crise econômico-financeira de 2008:

O que houve, em escala jamais vista, foi uma renúncia regulatória, senão uma desídia regulatória, por parte das autoridades que deveriam exercer a função regulatória e não a exerceram.

Abro um parêntese: creio que, atualmente, a segmentação rígida a demarcar a atuação de bancos, instituições financeiras, e mercado de capitais desapareceu sob a rubrica ampla de mercado financeiro. Tudo forma um conjunto onde há uma imbricação de todos esses planos, embora a técnica regulatória se especialize em cada uma dessas subáreas. Estamos falando de um sistema de subsistemas, em um momento que exige uma

9 Eduardo Frade (**O direito societário e a estruturação do poder econômico**. P. 50), ao analisar a possibilidade de exclusão entre regulação e concorrência, reconhece tratar-se de um cenário extremamente improvável, mas que não teria resposta clara de maneira genérica (em tese) se concretizada.

10 A importância da criação de um Banco Central técnico e independente já era objeto de discussão desde a proposta de reforma do sistema financeiro no Governo Provisório de 1929, mas foi massacrada pelo governo ditatorial que se seguiu, mantendo-se a tradição brasileira de tratar a máquina burocrática como uma extensão hipertrofiada do Poder Executivo e a atividade econômica como prerrogativa da política de governo (o que explica a opção pela estatização de diversos setores econômicos). A esse respeito vide Dutra, Pedro. *Regulação, Concorrência e a Crise Brasileira*. P. 23 e ss

Sobre a interação, Gesner Oliveira e João Grandino Rodas¹¹ apresentam possíveis modelagens da arquitetura de integração entre a regulação e a concorrência, a partir das necessidades de determinado setor do mercado em determinado momento histórico.

Há de se considerar, porém, que o objeto e a metodologia advindos da opção entre regulação ou concorrência igualmente variam, na medida em que:

- como objeto, o direito concorrencial é mais restrito do que a regulação, ao buscar o bem estar social a partir de eficiência econômica. A regulação (pode) incorpora(r) outros valores;
- como método, o direito concorrencial lida com mecanismos de mercado, ao passo que a regulação em certa medida os substitui;
- em termos de timing, a autoridade antitruste age via de regra a posteriori¹², a partir do fato no mercado, ao passo que a regulação age substancialmente a priori, estabelecendo as regras de desenho deste;
- sobre postura, o direito concorrencial possui uma tendência por remédios estruturais para tratar falhas de mercado, ao passo que o direito regulatório, ao substituir tais mecanismos pela definição do padrão dos agentes, adota remédios comportamentais.

Considerando que o foco do direito concorrencial (e das autoridades antitruste em geral) é a atuação em mercados não competitivos, e que por vezes a ausência de competição se dá em razão de falhas de mercado, é cada vez mais comum a interação convergente dos dois ramos.

Assim, os autores cindem as funções de regulação estatal em três competências ferramentais: *regulação técnica* (estabelecimento de normas, padrões comportamentais e metas), *regulação econômica* (estabelecimento de preços e quantidades) e *lei concorrencial*.

E, a partir destas três categorias, estabeleceram cinco modelagens

11 **Direito e Economia da Concorrência**. P. 140-161

12 Ressalvada a hipótese de controle de concentração econômica, cujo padrão nas jurisdições mais modernas é a escolha pelo controle a *priori*.

viáveis:

- **isenção antitruste** – todas as competências estariam com a agência reguladora setorial;
- **competências concorrentes** – regulação econômica e aplicação da lei concorrencial estariam compartilhadas entre agência reguladora setorial e autoridade antitruste, ficando apenas a regulação técnica na competência daquela;
- **competências complementares** – regulação técnica e econômica ficariam a cargo da agência reguladora setorial, ao passo que a aplicação da lei concorrencial ficaria a cargo da autoridade antitruste;
- **regulação antitruste** – todas as competências ficariam a cargo da autoridade da concorrência;
- **desregulamentação** – não há de se falar em regulação técnica e econômica, ficando apenas a aplicação da lei concorrencial a cargo da autoridade antitruste.

Os autores reconhecem que os modelos podem variar a depender das opções políticas de momento, e elencam os seguintes critérios que precisam ser contemplados e sopesados para uma decisão que se reflita adequada a determinado mercado e momento histórico:

- **flexibilidade institucional** – necessária diante das mutações estruturais do mercado, cada vez mais intensas e rápidas;
- **eficiência e capacidade de decisão em tempo econômico** – capacidade de cada ente de processar as demandas e devolver respostas efetivas;
- **custo burocrático de transação** – associado à elaboração de acordos e rotinas interinstitucionais;
- **minimização de risco de conflito de competências** – visando a promover segurança jurídica ao administrado;
- **minimização de risco de captura** – o modelo adotado precisa encontrar um ponto em que este efeito (natural, diante da assimetria de informação e proximidade do regulador) seja significativamente minorado.

Ao final, consideram dois fatores como cruciais para a eleição de uma modelagem: avaliação da situação histórico-social do momento (amadurecimento social, do mercado e político com relação aos papéis da tutela concorrencial e regulatória setorial);

consideração do legado institucional do modelo anterior e a análise dos custos de alteração desta arquitetura (tendo-se sem vista que qualquer modelo de atuação e interação entre regulação e concorrência demanda uma curva de aprendizado institucional ou interinstitucional).

4. Análise do cenário brasileiro

O atual modelo de interação interinstitucional entre BCB e Cade, alicerçado no artigo 192 da Constituição Federal, artigos 10 e 18 da Lei nº 4.595/1964, 15 da Lei nº 8.884/1994, 5º da Lei 9.447/1997 e 88 da Lei nº 12.529/2011, bem como Circular nº 3.590, de 26 de abril de 2012, Memorando de Entendimentos de 28 de fevereiro de 2018 (MOU) e Ato Normativo Conjunto nº 1, de 10 de dezembro de 2018, resultou numa sistemática híbrida que pode ser assim esquematizada:

	Lei concorrencial	Regulação técnica	Regulação econômica
Cade	x		
BCB	x	x	x

O atual modelo não encontra um paralelo nas modelagens apresentadas pela doutrina brasileira. Em verdade, houve a criação de um sistema híbrido entre competências concorrentes e complementares sem a cooperação na regulação técnica e econômica entre as autarquias¹³, regulação esta que foi mantida exclusivamente na esfera de atuação do BCB.

Tal *design* em grande parte antecipa as prescrições do Projeto de Lei 499/2018 nas questões que não entram em conflito com as normas legais vigentes, superando a interpretação dada pelo Parecer AGU GM-20 quanto à aplicabilidade destas normas, em patente reconhecimento da necessidade de evolução institucional diante das novas demandas de mercado.

Neste cenário, pode-se explorar o comportamento dos critérios apontados na doutrina para verificar se o modelo político de

13 Embora a política do BCB no setor financeiro possa ser discutida entre os órgãos, conforme artigo 4º do Ato Normativo Conjunto.

interação interinstitucional atual se encontra ou não em tese adequado às necessidades sócio-econômicas do presente.

No que diz respeito à **flexibilidade institucional**, ao se manter as competências técnica e econômica no BCB, o modelo permite a ele definir as regras da “arena de mercado” para seus agentes, sem necessidade de validação da autoridade antitruste (embora eventuais *inputs* concorrenciais devam ser levados em conta, por meio de *advocacy* – vide cláusulas 2.4, 2.5 e 2.8 do Memorando de Entendimentos). Embora dependa apenas da decisão de um órgão, o que representa ganhos de eficiência em termos de tempo, é necessário que o BCB esteja preparado para absorver e digerir as demandas oriundas das mutações estruturais desse mesmo mercado, cada vez mais intensas e rápidas – de igual maneira, é importante que as estruturas formais de coordenação entre BCB e Cade não reduzam esta capacidade.

A adoção de uma burocracia mais versátil e flexível evita que as autarquias sejam induzidas a adotar um comportamento mais refratário a entidades, conceitos ou formas de prestação de serviço que escapem de padrões inicialmente concebidos e cristalizados, viabilizando condições para a inovação do setor.

Já o risco de prejuízo à qualidade da análise antitruste no contexto de compartilhamento de competências parece mitigado pelo próprio paralelismo dos procedimentos (cláusulas 2.2 e 2.3 do Memorando de Entendimentos; artigo 2º do Ato Normativo Conjunto), com janelas de interação mútua não vinculativas (artigos 3º a 5º do Ato), ressalvada a análise de situações de risco prudencial (artigo 6º - mas tal, ao ser endereçada de maneira rápida pelo BCB com decisão vinculante para o Cade, supera a questão em termos de tempestividade).

No tocante à **eficiência e capacidade de decisão em tempo econômico**, novamente o paralelismo das atuações concorrentes a princípio resolve a demanda por respostas tempestivas e efetivas, passando a necessária tempestividade a depender fundamentalmente da eficiência da máquina burocrática de cada ente.

Cabe assegurar que os procedimentos administrativos sejam estruturados, claros e transparentes, de forma que confirmem aos agentes de mercado administrados previsibilidade e, por consequência, percepção de segurança jurídica quanto às

possibilidades de decisão e quanto ao tempo em que serão tomadas. Pode-se argumentar que um órgão acabará influenciando e provocando, por meio de sua eficiência, aprimoramentos dos procedimentos do outro, como forma a otimizar a política pública conjunta.

Notadamente, na situação limite de risco prudencial, o racional da atuação do BCB é intervir da maneira mais célere possível, com o fito de mitigar a curva de deterioração da segurança do sistema financeiro. Além disso, o BCB não tem estímulos para atuar com frequência acima do estritamente necessário sob o enquadramento do risco prudencial, dado que a hipótese de multiplicação de ações assim concretizadas poderia gerar desconfiças do público em geral (e dos agentes regulados nos mercados afetados), reduzindo a percepção de segurança jurídica. Por tal razão, o critério de eficiência parece atendido.

Quanto ao **custo burocrático de transação**, o Ato Normativo Conjunto traz certas diretrizes no tocante a acordos e rotinas interinstitucionais, estabelecendo com certa minudência as janelas de comunicação e articulação das autarquias. No entanto, é esperado que a complexidade oriunda do universo de casos concretos (sempre impossível de se prever antecipadamente pelas normas vigentes) acabe por demandar detalhamentos, aprimoramentos, quiçá revisões dos procedimentos estabelecidos, de forma a permitir *outputs* mais tempestivos e efetivos ao mercado. Atuam neste sentido, as cláusulas 2.4, 2.5 e 2.8 do Memorando de Entendimentos.

Sobre a **minimização de risco de conflito de competências**, a questão parece resolvida para a regulação técnica e econômica, tanto pelas prescrições legais como pelos Memorando de Entendimentos e Ato Normativo Conjunto, com concentração no BCB.

A divisão da competência antitruste, por sua vez, parece satisfatoriamente endereçada pelas regras estabelecidas, na medida que estipulam o sistema de “duplo sim” para o controle de concentrações (atividade concorrente em procedimentos paralelos – cláusula 2.2 do Memorando; artigo 2º do Ato Normativo Conjunto) e as janelas de interlocução necessária (mas com *inputs* não vinculativos) nos procedimentos sancionadores (artigo 5º do Ato).

A questão prudencial no controle de concentrações, novamente,

fica endereçada pela vinculação do Cade (sem perder sua competência legal) à decisão do BCB (artigo 6º), que deve ser tomada de maneira célere.

Quanto à necessidade de **minimização dos risco de captura**, no que toca o BCB cabe destacar que, para além dos controles institucionais presentes, o modelo de articulação adotado traz estímulos no sentido de que a suscetibilidade do regulador aos argumentos dos agentes de mercado seja minimizada pelos *inputs* provenientes da autoridade da concorrência (cláusulas 2.4, 2.5 e 2.8 do Memorando de Entendimentos), efeito que se intensifica à medida que a colaboração interinstitucional se desenvolve, gerando um legado de custo técnico (e político) que pode servir de contraponto a interesses do mercado.

Já quando se está diante do controle antitruste, o critério parece ser atendido considerando não apenas a pluralidade de órgãos técnicos que participam nos procedimentos de tomada de decisão, mas igualmente a pluralidade de *policy makers* em cada órgão que ao final decidem por meio de procedimentos burocráticos paralelos (cláusula 2.2 do Memorando; artigo 2º do Ato Normativo Conjunto). Ainda, considerando que o Cade é um órgão de defesa da concorrência (e por isso generalista), não parece crível que haja um risco de captura maior que aquele incidente sobre o regulador setorial.

De outra parte, a assimetria informacional que detém o Cade tende a ser sensivelmente reduzida diante das possibilidades de interação e intercâmbio de informações sensíveis com o BCB (artigo 3º do Ato Normativo Conjunto), o que igualmente serve para mitigar o risco de captura.

Por final, não obstante os argumentos apresentados ao longo deste capítulo, cabe destacar que somente a institucionalização da devida base legal sobre o tema fará com que a estrutura de articulação até o momento construída não dependa fortemente de intenções e visões momentâneas dos dirigentes e do corpo técnico de ambas as autarquias para sua convergente aplicação.

Tal parece ser o primeiro “legado” da atual processo de aproximação interinstitucional, expressamente reconhecido pela Cláusula 4 do Memorando de Entendimentos: a necessidade de se patrocinar ativamente a adoção de um *status* legal (consubstanciado no PLP 499/2018) para o atual modelo, superando qualquer

possibilidade de retrocesso quantos aos avanços até o momento atingidos em termos não apenas de eficiência da máquina administrativa, mas igualmente de segurança jurídica ao sistema financeiro nacional.

Conclusões

O presente trabalho buscou, a partir da temática da intersecção entre regulação setorial e concorrência diante das demandas contemporâneas como pano de fundo, analisar se a arquitetura legal e normativa de interação entre BCB e o Cade, no trato de aspectos concorrenciais no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, cria condições para uma atuação eficiente e eficaz das duas autarquias.

Para tal objetivo, o artigo inicialmente apresentou, em seu capítulo 2, o panorama jurídico de fundo, ou seja, o marco legal vigente, o histórico de discussão sobre sua interpretação, e o recente movimento de aproximação entre BCB e Cade.

No capítulo 3, o artigo se debruçou sobre a análise da interação entre as necessidades regulatórias do Sistema Financeiro Nacional e as particularidades do direito de concorrência, passando a apresentar os diferentes modelos de coexistência existentes, conjuntamente com a identificação e reflexão sobre suas vantagens e riscos.

O capítulo 4, de maneira crítica, aplica a doutrina trazida ao modelo brasileiro de interação interinstitucional entre BCB e Cade no tratamento das questões concorrenciais referentes ao Sistema Financeiro Nacional. Especificamente, examina as vantagens e riscos para verificar se de fato a arquitetura desenhada para esta articulação atende ou não as necessidades de uma tutela regulatória e concorrencial adequada e tempestiva para a demanda presente do mercado.

O resultado da pesquisa demonstrou que houve, de fato, um amadurecimento na arquitetura institucional de inter-relacionamento entre a regulação e a defesa da concorrência no Sistema Financeiro Nacional e em outros segmentos regulados pelo BCB, amadurecimento este operacionalizado por desenho em nível normativo subótimo, já que baseado em atos jurídicos inferiores à lei.

Não obstante, a solução encontrada municiou as duas instituições

com ferramentas suficientemente céleres, versáteis e flexíveis para enfrentamento dos desafios que surgem na tutela concorrencial dos mercados regulados.

No entanto, apesar de haver um claro posicionamento para um modelo de atuação estatal híbrido entre competências concorrentes e competências complementares dos órgãos envolvidos, a identificação de possíveis riscos conhecidos na doutrina para a sua plena efetividade ainda compromete a entrega de uma prestação eficiente e tempestiva ao mercado, demandando uma maturação e evolução do modelo proposto, em especial no plano legislativo, de modo que nele seja estruturada base mais consistente para a articulação pretendida.

Pode-se apontar as seguintes percepções no tocante às estruturas de articulação sob análise:

- a) necessidade de constante atualização do modelo de articulação adotado pelo BCB e pelo Cade para fomentar sua harmonização às características mutantes dos mercados regulados, marcadamente sujeitos a modificações decorrentes de evoluções tecnológicas;
- b) a estruturas de articulação entre regulador setorial e agência antitruste não devem engessar eventuais modelos inovadores, os quais precisam ser testados pelos agentes privados na busca da eficiência;
- c) imperativo de que as demandas das entidades supervisionadas, mesmo se envolverem apreciação dupla (do Cade no BCB), sejam decididas em tempo suficientemente curto, sob critérios suficientemente racionais e transparentes e, sobretudo, em horizontes temporais suficientemente previsíveis;
- d) manutenção da independência entre a agência antitruste e o regulador setorial, mas com estímulos a que os avanços verificados nos procedimentos internos de cada um deles sejam absorvidos, com as devidas adaptações, pelo outro;
- e) mitigação de conflitos de competência entre a agência antitruste e o regulador setorial, para que seja conferida maior segurança jurídica às ações por eles tomadas e, principalmente, para que os agentes regulados tenham a indispensável clareza acerca da estrutura de supervisão a que estão submetidos;

- f) mitigação dos riscos de captura no âmbito do Cade e do BCB, em decorrência das estruturas de decisão dupla pactuados pelas autarquias (que tornam menos provável e viável a hipótese de captura simultânea dos dois reguladores) e dos procedimentos de troca de informações por elas recentemente inaugurados (que tendem a tornar mais evidentes e, conseqüentemente, mais facilmente combatíveis quaisquer hipotéticos desvios).

Interessante notar que a experiência resultante desta aproximação, evidentemente vantajosa a ambas as instituições e proveitosa para uma política mais eficiente, pode ser espelhada em diferentes níveis com relação a outros reguladores, já que quanto a estes a cooperação atualmente existente com o Cade se resume a Acordos de Cooperação para troca de expertise e conhecimentos.

Ou seja, as conclusões deste artigo poderiam servir como um *kick off* para o desenvolvimento de um leque de opções na dinâmica política, gerencial e procedimental futura da Administração Pública, por se demonstrar as vantagens de um inter-relacionamento institucional mais próximo e alinhado entre órgãos com diferentes, mas tangenciais, competências.

Referências

BRASIL. Banco Central do Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Memorando de Entendimentos entre o Cade e o Bacen**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yP9ga1o nCve3GWu3NIIgijregCMPT3wpQVmcP3wtD4Yt2cZ_RTVc2TvR9 9A8MDm3V_0bumDjnXI042If-u0gzA>

BRASIL. Banco Central do Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato Normativo Conjunto nº 1/2018**. Brasília, 2018. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/TextosApresentacoes/Ato%20normativo%20conjunto%205_12_2018%20limpa.pdf

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer GM-020/2001, de 28 de março de 2001** Disponível em: <http://moodle.fgv.br/cursos/centro_rec/docs/Parecer_BACEN.pdf>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Legislação Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm >

BRASIL. **Lei nº 4.595/1964, de 31 de dezembro de 1964**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14595.htm>

BRASIL. **Lei nº 9.447/1997, de 31 de dezembro de 1964**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9447.htm>

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei Complementar 499/2018. Originário do Projeto de Lei nº 350/2015 (complementar). Autoria: Senador Antônio Anastasia**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2173211>>

BRAGA, Fabio. HERCOS. Vinícios. **Cade e Bacen: mais um passo em direção à aproximação**. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cade-e-bacen-mais-um-passo-em-direcao-a-aproximacao-19122018

CARVALHO, Vinícius et al. **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015.

DUTRA, Pedro. **Regulação, Concorrência e a Crise Brasileira**. 1 ed. São Paulo: Singular, 2017.

FILHO. Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

HOVENKAMP. Herbert. **Federal Antitrust Policy**. St. Paul: West Publishing, 1994.

LANE, Phillip R. Remarks at the European Movement Ireland and Central Bank of Ireland Joint Dinner in honour of Commissioner

Margrethe Vestager, Dublin, 24 January 2019.

MAROUBO, F. **CADE e Banco Central do Brasil: o conflito de competências no sistema financeiro e o fortalecimento da economia real.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71049/cade-e-banco-central-do-brasil-o-conflito-de-competencias-no-sistema-financeiro-e-o-fortalecimento-da-economia-real>

NETO, Floriano et al. **Dinâmica da Regulação. Estudos de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa.** Belo Horizonte. Forum, 2020

OCDE - Organisation de coopération et de développement économiques. Revisões de Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência. Paris, 2019. Disponível em: < <http://www.oecd.org/daf/competition/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrenca-brasil-2019-web.pdf>>

OLIVEIRA, G. **Defesa da Concorrência e Regulação: o Caso do Setor Bancário.** EAESP/ FGV/ NPP. Relatório de Pesquisa n.º 49. São Paulo, 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3092/Rel%2049-2001.pdf?sequence=1>>

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

RODRIGUES. Eduardo. **O Direito Societário e a Estruturação do Poder Econômico.** São Paulo : Singular, 2016.

VICKERS, J. **Central banks and competition authorities: institutional comparisons and new concerns.** BIS Worlring Papers - n. 331. Monetary and Economic Department. Bank for International Settlements. Suíça, 2010. Disponível em: www.bis.org

Colaboração/cooperação entre concorrentes: requisitos/pressupostos em pedidos submetidos às autoridades da concorrência em decorrência da pandemia de Covid-19

Ana Luiza Lima Mahon¹
Edson Junio Dias de Sousa²
João Roberto Golin Tajara³
Leandro Lima Coelho⁴

RESUMO

O presente trabalho busca delimitar, em comparação com a experiência internacional, quais requisitos/pressupostos foram analisados pelo Cade no caso paradigmático que esclarece a questão no Brasil ao definir procedimentos e padrões de análise (Movimento Nós, 2020, Processo nº 08700.002395/2020-51), bem como fazer um balanço final, dentro do escopo adotado, desses elementos que informaram as decisões e documentos oficiais nas várias jurisdições examinadas e no Cade, observar e tirar conclusões das divergências/convergências percebidas e sugerir a recepção de alguns critérios usados em outros países ou eventuais alterações em como essas decisões são ou foram tomadas no Brasil.

Palavras-chave: Concorrência; Cade; Covid-19; Pressupostos/Requisitos; Colaboração/Cooperação entre Concorrentes.

1 Graduada em direito pelo Centro Universitário de Brasília, mestranda em direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Chefe de Gabinete da Presidência do Cade. E-mail: ana.mahon@cade.gov.br

2 Graduado e mestrando em direito, ambos pela Universidade de Brasília. Chefe de Gabinete Substituto da Presidência do Cade. E-mail: edson.sousa@cade.gov.br

3 Graduado em direito pela Universidade de São Paulo. Assessor Técnico da Presidência do Cade. E-mail: joao.tajara@cade.gov.br

4 Graduado em economia Centro Universitário de Brasília. Corregedor do Cade. E-mail: leandro.lima@cade.gov.br

ABSTRACT

The present work seeks to delimit, in comparison with the international experience, which requirements/assumptions were analyzed by Cade in the paradigmatic case that clarifies the issue in Brazil when defining analysis procedures and standards (Movimento Nós, 2020, Process nº 08700.002395 / 2020-51), as well as making a final balance, within the scope adopted, of those elements that informed the decisions and official documents in the various examined jurisdictions and in Cade, observe and draw conclusions from the divergences / convergences perceived and suggest the reception of some criteria used in others countries or possible changes in how these decisions are or were made in Brazil.

Keywords: Competition; Where is it; Covid-19; Assumptions/ Requirements; Collaboration/ Cooperation between Competitors.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Colaboração/Cooperação entre concorrentes: Panorama internacional*; 3. *Colaboração/cooperação entre concorrentes: Cade; Conclusão; Referências Bibliográficas.*

1. Introdução

Em circunstâncias de crise prolongada e generalizada, como a atual em decorrência da pandemia de Covid-19, é comum que agentes econômicos busquem estabelecer métodos e protocolos de colaboração/cooperação entre si para superar desequilíbrios e instabilidades graves e preservar suas atividades. Entretanto, dito arranjos, apesar de potencialmente benéficos durante a crise, se garantidos alguns pressupostos e salvaguardas, podem ensejar, aqui ou no exterior, eventuais preocupações desde a ótica concorrencial.

Em conceito amplo e não exaustivo do tema, oriundo da experiência nacional e internacional, como a seguir desenvolvida, trata-se aqui daqueles acordos que estabelecem formas de colaboração/cooperação entre empresas concorrentes em um mesmo mercado, adotadas em caráter emergencial, urgente e provisório, com o objetivo de superar adversidades decorrentes de situação de crise abrangente e não setorial, bem como para mitigar os principais efeitos imediatos da crise com o intuito de preservar a concorrência nos setores afetados.

O choque inesperado provocado pela crise da Covid-19 e as medidas tomadas para limitar a propagação da pandemia, conforme destaca Frédéric Jenny, Chairman do Comitê de Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) na introdução de coletânea de artigos sobre a matéria que, em grande medida, fundamenta o presente trabalho, afetaram profundamente o funcionamento de mercados e economias inteiras.

Em todo o mundo, autoridades de concorrência que, na última década, vinham aplicando suas leis em um contexto de crescimento econômico estável, tiveram que ajustar suas práticas de fiscalização não apenas às dificuldades de execução de suas operações devido aos bloqueios, mas, mais importante, ajustar-se a mercados em colapso ou mercados de bens essenciais caracterizados por escassez severa, em um contexto de profunda depressão econômica com muitas empresas enfrentando severas restrições de liquidez ou ameaça de falência.

As autoridades da concorrência responderam a estas circunstâncias extraordinariamente brutais ajustando suas prioridades de aplicação, isentando certas formas de cooperação/colaboração, relaxando seus padrões de eficiências, adotando procedimentos emergenciais, permitindo auxílios estatais sob certas condições, aceitando fusões e aquisições porque o alvo havia se tornado repentinamente uma empresa falida ou em vias de insolvência e, ao mesmo tempo, com essas instituições insistindo, com as ferramentas e institutos disponíveis, que essas mudanças não significariam um enfraquecimento ou uma alteração substancial dos princípios basilares do direito da concorrência que seguiam anteriormente.

Sob esse prisma, a crise econômica da Covid-19 é, nos termos de Frédéric Jenny (2020, p. 04), fundamentalmente diferente da crise econômica e financeira de 2008 em vários aspectos. A crise financeira foi causada pelo jogo de mecanismos de incentivo mal concebidos e um colapso da confiança interbancária devido ao aproveitamento gratuito e fraude. A crise atual é causada por um choque exógeno cataclísmico que levou, primeiro, a picos brutais na demanda por produtos necessários para limitar a expansão da pandemia com o colapso simultâneo dos canais de abastecimento devido à nossa dependência excessiva de vários produtos relevantes nas instalações de produção da China, o primeiro país a ser atingido

pela pandemia.

A crise atual é causada, em segundo lugar, pela adoção na maioria dos países de medidas gerais de confinamento que foram consideradas como a única possibilidade de conter a pandemia, dada a falta de disponibilidade de equipamentos/tratamentos ou produtos necessários para impedir a propagação da doença. Como resultado, a demanda caiu em um grande número de mercados, tanto por causa da impossibilidade física de os consumidores acessarem as lojas quanto por causa das preocupações de muitos com um futuro incerto.

O colapso da demanda descrito significou que muitas empresas e lojas não puderam continuar a pagar seus funcionários. Eles estavam enfrentando uma grave crise de liquidez quando suas receitas entraram em colapso (mas não seus custos fixos) e, excluindo a ajuda governamental, foram forçados a despedir seus trabalhadores em massa (particularmente em setores como construção, transporte, restaurantes e etc). Para evitar o colapso da economia, em muitos países as empresas foram incentivadas a se reorganizar e a adotar novos métodos de trabalho, como o teletrabalho, sempre que possível, e receberam, a depender da capacidade de cada país em responder aos desafios impostos, várias formas de apoio financeiro (diferimento de impostos, facilidades de crédito e injeções de capital. Os governos estavam ansiosos para garantir que as empresas pudessem manter sua capacidade de recuperação quando as condições melhorassem. Simultaneamente, os governos de vários países concederam ajuda financeira ou pacotes de estímulo aos trabalhadores atingidos pela crise, a fim de manter a demanda. No entanto, esse auxílio financeiro ao consumo não necessariamente foi eficaz, dado que os consumidores eram fisicamente impedidos de acessar as lojas e estabelecimentos comerciais.

Nesse sentido, e é necessário entender eventuais acordos de colaboração/cooperação entre concorrentes dentro desse contexto mais amplo, não é ainda visível de que modo a atual crise decorrente da pandemia de Covid-19 afetará a defesa da concorrência e, em especial, a aplicação da lei da concorrência em diversos países. Esta questão, conforme sugerido por Frédéric Jenny, pode ser dividida em duas subquestões:

O primeiro é qual deveria ou poderia ser o papel das autoridades de concorrência durante a crise. As

autoridades da concorrência devem mostrar flexibilidade na aplicação, tendo em conta as situações extraordinariamente perturbadoras em vários mercados ou devem manter os seus princípios, independentemente das circunstâncias atuais? Se ajustes forem necessários, o que eles implicarão? Pierre M. Horna em sua contribuição mostra que as autoridades de concorrência em todo o mundo tiveram que enfrentar escolhas difíceis.

*A segunda subquestão diz respeito ao **papel da concorrência no longo prazo**. Do ponto de vista econômico, a crise da Covid-19 revelou a incapacidade dos mercados competitivos de se ajustarem com rapidez suficiente durante um período de estresse e também revelou alguns dos perigos que a globalização das cadeias de valor trouxe, gerando preocupação com as políticas econômicas liberais de década de 1990 e as duas primeiras décadas dos anos 2000. Isso significa que a promoção de mercados livres e competitivos como meio de promover a eficiência e o bem-estar do consumidor foi longe demais e ignorou o fato de que tais mercados podem falhar? É hora de reviver a política industrial, de aceitar que pode haver razões legítimas para controlar o investimento estrangeiro e de encontrar um enquadramento menos injusto para a concorrência internacional? É também hora de redefinir as metas e os procedimentos de aplicação da lei da concorrência? (2020, p. 05, grifo nosso)*

Não é proposta do presente trabalho, por óbvio, explorar ou tentar explorar as inúmeras possibilidades e itinerários possíveis na discussão sobre a tríade pandemia de Covid-19, crise e defesa da concorrência, mas é importante observar que há extensa bibliografia, nacional e internacional, que aborda, em geral, a temática de acordos de colaboração/cooperação entre concorrentes, seus limites e eventuais benefícios, e, em especial, quais elementos fático-jurídicos justificam a utilização desse instrumento na política da concorrência que, em decorrência da grave crise médico-sanitária atual, enfrenta um de seus maiores desafios: como manter a hígidez do sistema antitruste mundial e, *pari passu*, permitir que ele contribua ativamente com os esforços de retomada econômica em realidades muito distintas entre si.

2. Colaboração/Cooperação entre concorrentes: Panorama internacional

Assim, inicialmente se esclarece que, conforme o princípio da livre-concorrência, os agentes econômicos devem disputar entre

si quando exercendo suas atividades mercantis, sendo função das autoridades antitrustes a prevenção e punição de condutas danosas à concorrência. Colorações/cooperações entre dois ou mais agentes significam, assim, vantagens relativas que fortalecerão a concentração de poder econômico naquelas alianças e prejudicarão empresas que não puderem contar com o mesmo tipo de privilégio ou prerrogativa. Em contextos específicos, entretanto, a colaboração/cooperação entre concorrentes pode vir a assumir um papel positivo, trazendo maior eficiência na disposição de produtos e serviços dos setores econômicos que gozam desta permissão. Não deixa de ser, por natureza, uma maneira de concentração econômica ou uma possível conduta a ser investigada; mas, levando em conta o choque devastador da pandemia em curso, assim como outros fenômenos análogos, deve haver espaço para se discutir as possibilidades de um usufruto benéfico da sua aplicação ocasional.

Daniel Crane explana que, semelhantemente a como ocorre em outros eventos de grande magnitude que afetam diretamente a economia, um efeito a se esperar ao fim da pandemia da Covid-19 é a inevitável concentração dos mercados. O peso da crise econômica tende a ser maior do que empresas menores podem suportar, e com a falência destas, predominam as poucas que tinham poder suficiente para sobreviver e prosperar. Assim o foi no declínio financeiro de 2008, quando Crane aponta ter acontecido um “aumento dramático na falência de bancos” (2020, p. 119), o que levou à concentração acentuada deste mercado.

Não se pode desconsiderar deste processo, ademais, as pressões políticas externas responsáveis por amplificar a centralização do poder econômico: no período supracitado, várias companhias aéreas sucumbiram à avassaladora pressão da crise financeira e, apesar de contestadas pelas autoridades antitrustes, fundiram-se ou alinharam suas operações (CRANE, 2020, p. 120). Eis então flagrada a perigosa tendência à cartelização, conforme expressa o Dr. Pierre M. Horna (2020, p. 180), típica de depressões econômicas, como possível risco da pandemia da Covid-19 que desperta preocupações à Defesa da Concorrência: o autor alerta para o risco de um alinhamento de preços e prática de conluio facilitadas diante de algum relaxamento das leis da concorrência (2020, p. 178).

(...) [A] experiência mostra que tanto cartéis quanto práticas de troca de informações geralmente aparecem após choques

exógenos que induzem os principais participantes a conspirar para restaurar um equilíbrio tácito que lhes permite evitar o custo às vezes difícil da competição. (...) O próprio Tribunal Geral reconhece que os cartéis surgem geralmente em tempos de crise econômica. (MONCUIT, 2020, p. 124)

Por conseguinte, é preciso manter, enquanto autoridade antitruste, um olhar atento e reagir de prontidão às movimentações para garantir que o impacto na concorrência seja minimizado. Existe grande preocupação em monitorar os efeitos da crise na competitividade e funcionamento geral do mercado, durante e após a crise, tal como expressa Horna:

Uma vez que a Covid-19 não é exceção ao fato de que algumas empresas aproveitam ao máximo uma crise para obter ganhos financeiros de curto prazo, o monitoramento, a investigação e a sanção de preços excessivos de produtos relacionados à saúde estão no topo da agenda para maioria das autoridades de concorrência. (HORNA, 2020, p. 179, tradução nossa)

Desse modo, a exemplo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), como se explorará subseqüentemente, é comum que autoridades da concorrência realizem avaliações preventivas acerca das estruturas de mercado que possam refletir atos de concentração. Está, portanto, sob a fiscalização antitruste qualquer movimentação no sentido de alinhar atividades previamente independentes dos agentes econômicos, assim como a conduta colaborativa, uma vez que significam um potencial obstáculo à concorrência. Está sendo movimentada uma investigação pelas autoridades italianas, por exemplo, para averiguar as razões de um aumento de preços generalizado nas vendas realizadas através de plataformas virtuais (HORNA, 2020, p. 179). França e Colômbia também seguem linha semelhante, não deixando confundir a rigidez de seus esforços antitrustes, investigando súbitos aumentos de preço respectivamente no mercado de álcool em gel e combustíveis (HORNA, 2020, p. 180). Qualquer acontecimento de mesma natureza, ou seja, um abalo inesperado no sistema de preços de um determinado mercado, requer apuração rigorosa das autoridades da concorrência, uma vez que, por si só, um aumento de preços não é autoexplicativo e suas razões são de interesse do direito concorrencial.

Em face de eventuais falhas de mercado, quando salientadas deficiências decorrentes da organização descentralizada da

atividade econômica, interferências estatais geralmente são previstas como alternativas protocolares adotadas em busca de soluções. Em condições normais, as autoridades antitruste trabalham para garantir que o mercado tenha a oportunidade de se autorregular pelo princípio da livre-concorrência, desobrigado do rígido ordenamento do Estado e protegido dos abusos do poder econômico privado. Salvaguardada a exceção de possíveis ineficiências, como o exemplo das falhas de mercado, esta é a maneira usual de se organizar as economias nacionais de mercado na contemporaneidade. Quando amparadas pela confirmação da necessidade, uma intervenção escolhida de permitir a colaboração/cooperação entre concorrentes pode vir a distorcer a dinâmica concorrencial, ainda que exija determinada justificativa razoável, meios seguros e finalidade definida para sua aplicação.

Dada a natureza extraordinária da pandemia da Covid-19, começa a surgir um movimento observável de pressões contra as autoridades da concorrência em todo o mundo para que permitam, em alguma escala, a cooperação/colaboração entre concorrentes como maneira de amenizar os impactos da crise econômica decorrente do fenômeno pandêmico. Frederic Jenny, Chairman do Comitê de Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), alega que a colaboração/cooperação horizontal em meio ao contexto atual parece ser desejável ao interesse público, e exemplifica a atual tendência de pressão mediante paráfrase de um artigo publicado por Klaus Schwab e Guido Vanham:

No entanto, todas as partes interessadas globais devem fornecer todo o seu apoio, tanto financeiramente como por meios burocráticos, para chegar a esta solução o mais rápido possível. Este é um momento de colaboração, não de competição (SCHWAB, apud JENNY, 2020, p. 24, tradução nossa).

É fundamental convocar à discussão a afirmativa de que são diversas as tendências e mecanismos particulares a cada autoridade antitruste nacional e internacional. Em se tratando de instrumentos de resposta a crises econômicas, existem prioridades próprias que orientarão a maneira de se adotar – ou não – intervenções diretas, tais como isenções específicas e concessões à conduta colaborativa entre empresas. Da mesma forma, cada sistemática preexistente faz uso desses instrumentos conforme a necessidade do contexto,

adaptando-as à forma mais conveniente de aplicação. Isto posto, Aymeric de Moncuit argumenta que os sistemas nacionais de defesa da concorrência geralmente carregam consigo cláusulas específicas a serem utilizadas em momentos de crise, citando como exemplo a União Europeia, que conta com uma ferramenta destinada a adaptar o método de fixação de multas em contextos socioeconômicos peculiares (MONCUIT, 2020, p. 124).

É necessário sublinhar que as condições impostas no momento caracterizam uma situação emergencial, de caráter provisório e extraordinário, sendo o objetivo principal a resolução mais rápida e efetiva das adversidades atuais. O que se constata, observando o funcionamento dos mercados é que “ao longo do tempo, a iniciativa privada e o interesse próprio no contexto de mercados competitivos trarão de volta o equilíbrio (JENNY, 2020, p. 27, tradução nossa)”; entretanto, deixar que o mercado, que momentaneamente se encontra enfraquecido e instável, solucione por conta própria os efeitos da crise, pode levar tempo demais. “(...) A crise da Covid-19 revelou a incapacidade dos mercados competitivos de se ajustarem com rapidez suficiente durante um período de estresse (Jenny, 2020, p. 14, tradução nossa)”. Considerando que, com o decorrer do tempo, a pandemia aumenta velozmente o saldo de prejuízos totais, Jenny expõe que o custo de curto prazo de proteger a concorrência por meio da proibição de acordos horizontais é superior aos seus benefícios de longo prazo:

Não há tempo para esperar enquanto a pandemia se espalha pelo mundo, trazendo consigo enormes externalidades negativas na forma de vidas perdidas e do custo de oportunidade do confinamento. Assim, o custo de curto prazo de não permitir acordos que possam contribuir para aumentar o fornecimento de medicamentos e serviços essenciais e permitir uma distribuição mais suave (e mais justa) desses bens e serviços pode superar os benefícios que a proteção da concorrência pode acarretar no longo prazo (JENNY, 2020, p. 28, tradução nossa).

Nesta mesma fala, Jenny já sugere as razões primordiais pelas quais a cooperação/colaboração entre concorrentes pode ser uma alternativa desejável. A carência de abastecimento e distribuição nos setores-chave exige uma adaptação capaz de corrigir os desequilíbrios de mercado: a colaboração/cooperação entre concorrentes pode ser uma alternativa viável e pouco prejudicial

nessa situação, porque se prevê grande eficácia, por exemplo, na troca de informações que auxiliem a melhorar a alocação de recursos produtivos (desde que sob determinadas condições, nos moldes, por exemplo, dos pressupostos/requisitos utilizados como razão de decidir pelo Cade, como se desenvolverá no tópico seguinte em detalhes), a fim de lutar contra a escassa oferta de itens essenciais; ou, ainda, no compartilhamento do conhecimento técnico necessário para a pesquisa e desenvolvimento de novos meios tecnológicos de se combater o surto da Covid-19. Abre-se, assim, espaço para o questionamento sobre o real impacto anticoncorrencial desse tipo de colaboração/cooperação.

Extrapolando a declaração da *European Competition Network* (ECN) – fórum no qual se reúnem e atuam conjuntamente todas as autoridades da concorrência nacionais da Europa, além da Comissão Europeia – sobre a não intervenção contra condutas colaborativas/cooperativas com a finalidade de combater a escassez, Faustine Viala e David Kupka afirmam que “é razoável considerar que uma troca de informações não será julgada como anticoncorrencial se perseguir esse objetivo (VIALA, 2020, p. 218, tradução nossa)”. Cabe retornar à fala de Jenny: “A primeira questão é, portanto, o reconhecimento do fato de que a determinação do que é anticompetitivo ou o que contribui para o progresso econômico depende das circunstâncias atuais (JENNY, 2020, p. 25, tradução nossa)”. A troca de informações – limitada por sua natureza e intenção – entre concorrentes pode, então, auxiliar na agilidade com que o mercado é capaz de suprir a necessidade de produtos e serviços a determinados públicos ou regiões geográficas que momentaneamente estão mais afetados pela falta de abastecimento e, portanto, sob maior vulnerabilidade – sendo assim, seria essa razão social suficientemente relevante para justificar as medidas de coordenação. Retomando o alerta de Moncuit sobre a cartelização em períodos de crise, é fundamental a atenção criteriosa ao potencial anticompetitivo das trocas de informações sensíveis:

Na França, por exemplo, pode-se lembrar que o primeiro caso genuíno de trocas anticompetitivas de informações ocorreu após os eventos de 11 de setembro de 2001 (“11/9”), quando palácios parisienses decidiram compartilhar informações comerciais confidenciais para evitar, nas palavras de um de seus diretores, “despejar no preço” (Moncuit, 2020, p.124, tradução nossa).

Em resposta à crise de saúde, as autoridades da concorrência estão caminhando em direção à não priorização dos acordos colaborativos/cooperativos em suas agendas: a declaração da *European Competition Network* (ECN), publicada em março de 2020, é bastante objetiva ao comunicar que quaisquer medidas, estritamente necessárias e limitadas pelo tempo de aplicação, não seriam alvo de intervenção por sua parte, utilizando também o objetivo de garantir bom e amplo abastecimento da população. Além disso, segundo Jenny, a declaração pressupõe que “tais medidas são improváveis de serem problemáticas, uma vez que não equivalem a uma restrição da concorrência nos termos do artigo 101.º do TFUE / 53 do EEE ou geram ganhos de eficiência que muito provavelmente compensariam tal restrição (ECN *apud* JENNY, 2020, p. 24, tradução nossa)”. Percebe-se a base previamente estabelecida para atos de derrogação de crise, indicando que os mecanismos europeus dependeram apenas de uma adaptação das formas de aplicação de suas regras de defesa concorrencial. Sobre isso, Viala argumenta que a União Europeia, mesmo fora de um contexto de crise de saúde, não restringe absolutamente os acordos de colaboração/cooperação entre concorrentes:

É importante recordar desde o início que existe uma aceitação generalizada de que a cooperação entre empresas não é abrangida por uma proibição absoluta das regras antitruste da UE, mesmo que ocorra entre concorrentes. Por conseguinte, mesmo em tempos “normais”, os comportamentos com efeito restritivo da concorrência podem, em certas condições, cumprir o disposto no artigo 101.º do TFUE. Devemos, portanto, rejeitar inequivocamente, desde o início, a expectativa de que o contexto da crise da saúde venha a mudar fundamentalmente as opiniões das autoridades europeias da concorrência (VIALA, 2020, p. 217, tradução nossa).

Para além da Europa, a África do Sul representa uma variedade distinta de legislação antitruste, a qual não fornecia capacidade estrutural adequada para lidar com momentos de crise aguda e está enfrentando um severo processo de reformulação, visando compensar a falta de flexibilidade, como diz Jenny (2020, p. 36). Mark Griffiths aborda os detalhes da conduta sul-africana, a qual foi composta de seguidos decretos de isenção por categoria de setor. A primeira categoria a se beneficiar da isenção do cumprimento das leis antitruste em prol do interesse público foi o setor da saúde: foi aberto espaço para que os agentes econômicos em questão pudessem

compartilhar, por exemplo, informações de capacidade de alocação de pacientes, estoque de medicamentos e testes, fornecedores de insumos médico-farmacêuticos, disponibilidade de intercâmbio de profissionais da área, “a fim de garantir que haja capacidade e estoques adequados nas instalações de saúde em toda a África do Sul para responder ao desastre nacional Covid-19 (Griffiths, 2020, p.159, tradução nossa)”.

Vale ressaltar que a isenção está sujeita às ordens do Ministro da Saúde, cuja autorização direta é necessária para compartilhamento de quaisquer tipos de informação envolvendo o sistema de preços – não sendo esta forma de colaboração/cooperação inerentemente permitida por qualquer uma das categorias de isenção. Similarmente, também foi concedida isenção à categoria hoteleira, a fim de remediar o enfraquecimento da indústria e prover acomodações adequadas à parcela populacional em quarentena: assim, hotéis passaram a coordenar suas atividades para acolher o maior número de pessoas de maneira bem distribuída, estando sujeitos às determinações dos Ministérios da Saúde e do Turismo em caso de acordo para barateamento dos custos. Outras duas formas de isenção foram mais tardiamente aprovadas aos bancários e varejistas para fortalecer uma ação conjunta de mitigação dos efeitos da crise econômica. Os objetivos dessas últimas eram, nesses setores, vencer obstáculos nas questões de pagamentos, negócios e aluguéis, para que setores-chave não decaíssem e, por sua vez, parassem de suprir as necessidades da população da região (GRIFFITHS, 2020, p. 160-163).

Quanto ao caso dos supermercados e varejistas, outros exemplos podem ser destacados:

No caso dos supermercados, várias autoridades de concorrência, como Canadá e Alemanha, permitiram colaborações pró-competitivas entre empresas para apoiar a entrega de bens e serviços acessíveis. Da mesma forma, no Reino Unido, a Autoridade de Competições e Mercados permitiu isenções temporárias sobre as regras de concorrência para os varejistas colaborarem a fim de garantir a continuidade do abastecimento alimentar. (HORNA, 2020, p. 182, tradução nossa).

O Reino Unido decidiu adotar, em 19 de março de 2020, uma flexibilização temporária da atividade antitruste quanto aos supermercados, na intenção de permitir que estes trabalhassem em consonância para assegurar a oferta de alimentos à população.

Ambos os secretários do Meio-Ambiente e de Negócios, assim como exposto por Jenny (2020, p. 36-37), pronunciaram-se favoravelmente em resposta às pressões feitas por representantes deste setor econômico: “O relaxamento temporário da lei de concorrência para o setor de alimentos permitirá que os supermercados cooperem uns com os outros para manter suas lojas equipadas, suas prateleiras abastecidas e o país alimentado (SHARMA *apud* JENNY, 2020, p. 37)”.

Na Noruega, em caso semelhante, suspendeu-se temporariamente as leis antitrustes em virtude de sua rigidez normativa representar empecilho quando em uma crise econômica de tamanha proporção: ao setor de aviação civil, após os efeitos da crise chegarem às grandes companhias aéreas, foram concedidos três meses de isenção (HORNA, 2020, p. 182).

Outro exemplo notável é a Coréia do Sul, que herdou da experiência com a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS), em 2015, um sistema de resposta à crise que incentiva colaborações/cooperações entre empresas farmacêuticas para projetos de pesquisa e desenvolvimento (P&D). Acordos semelhantes estão na mira cautelosa da Comissão Europeia: a autoridade, conforme Horna (2020, p. 183), teme que acordos colaborativos/cooperativos de P&D evoluam para cartéis encobertos pela isenção às leis. Seguindo esta linha, o *Department of Justice* (DOJ) e a *Federal Trade Commission* (FTC), autoridades antitrustes estadunidenses, sustentam a aplicação severa da legislação antitruste, em sua modalidade tradicional, ainda que em momentos de vulnerabilidade. Entretanto, na ocasião da pandemia da Covid-19, o DOJ e a FTC dão sinais de adesão ou convergência à resposta mundial ou, localmente, à resposta dada quando das ocorrências dos furacões Irma e Harvey, que obrigaram as autoridades a emitir orientações antitrustes específicas, salientando a possível necessidade de esforços combinados para melhor responder à crise: uma conduta amigável a acordos de P&B foi então adotada, concretizada na aliança entre a empresa farmacêutica Eli Lilly e a empresa de biotecnologia AbCellera, que estão trabalhando no co-desenvolvimento de produtos à base de anticorpos para prevenção e tratamento da Covid-19 (HORNA, 2020, p. 183). Também, nesta temática, é interessante mencionar a propensão chinesa à garantia de isenção das leis antitruste em caso de colaboração/cooperação para desenvolvimento de novas

tecnologias úteis ao combate à pandemia, “conforme exemplificado pela colaboração britânico-chinesa (GSK/CB) em uma vacina contra Covid-19” (HORNA, 2020, p. 183).

Isto posto, recobrando a recomendação quanto à atenção específica a formações de cartel em período de crise econômica, “(...) é importante que os governos fortaleçam as aquisições públicas, a fim de prevenir cartéis de núcleo duro e cartelização de setores-chave da economia (HORNA, 2020, p. 180-181, tradução nossa)”. A Rússia vem, desde dezembro de 2019, engajando-se em seguidas investigações contra cartéis no setor de produtos médicos de proteção, assim como a Costa Rica contra cartéis do mercado de álcool; como bons exemplos de conduta antitruste, além da Rússia já citada, Reino Unido e Portugal procederam emitindo diretrizes específicas contra a formação de novos cartéis em período de crise (HORNA, 2020, p. 180). Inspirar-se nestes exemplos pode vir a ser uma saída produtiva à atuação do Cade, que deverá buscar um equilíbrio delicado entre permitir acordos horizontais benéficos à resposta brasileira à crise da Covid-19 e fiscalizar de forma rígida as possíveis formações de cartel ou outras condutas anticompetitivas neste período de extrema instabilidade e incertezas.

As preocupações dos países em desenvolvimento diferem das dos países desenvolvidos porque eles geralmente não se beneficiam de uma rede de segurança financeira para proteger sua economia. As consequências de escolher trade-offs econômicos contra sociais para mitigar o impacto da crise na economia são uma questão de sobrevivência para os países em desenvolvimento. Esta crise questiona os trade-offs entre eficiência estática, realocação de recursos por meio de políticas industriais, eficiências dinâmicas e resiliência econômica em um cenário que mistura desenvolvimento, política e bem-estar socioeconômico (HORNA, 2020, p. 184, tradução nossa).

Isto posto, a pergunta a qual o presente trabalho visa responder e que permanece parcialmente em aberto, pela própria natureza da pesquisa, concerne em delimitar, em comparação com a experiência internacional, quais requisitos/pressupostos foram analisados pelo Cade no caso paradigmático que esclarece a questão no Brasil ao definir procedimentos e padrões de análise (Movimento Nós, 2020, Processo nº 08700.002395/2020-51).

3. Colaboração/cooperação entre concorrentes: Cade

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), ante sua decisão, em 28 de maio de 2020, sobre colaboração/cooperação entre concorrentes, no bojo do Processo nº 08700.002395/2020-51⁵, esclareceu diretrizes, pressupostos, procedimentos e limites ali definidos e que seriam vinculantes em outros pedidos similares submetidos à Autarquia a serem devidamente apreciados com base em sua jurisprudência sobre a matéria.

Lá, consignou-se que os agentes econômicos, em boa fé, que desejem atuar em colaboração/cooperação em contextos de crise não olvidem da possibilidade, recomendável, de que tais arranjos sejam, ainda que não obrigatoriamente, submetidos tempestivamente à avaliação do Cade para que sejam adequadamente avaliados pela autoridade da concorrência.

Ademais, confirmou-se ali que as empresas também devem se preocupar, mesmo que não cabendo se falar propriamente em autorização prévia dessas coalizações empresariais, com os possíveis impactos concorrenciais que ditos acordos entre competidores podem ocasionar, tomando as devidas precauções para poder viabilizá-los sem riscos e de modo a não ensejarem, pelo Cade, eventuais apurações de infrações à ordem econômica como resultado deles.

Nesse sentido, a decisão em exame sublinhou que não se trata de flexibilização, mas, mais propriamente, de tipo distinto de apreciação. Consolidou-se, assim, entendimento de que a autoridade da concorrência no Brasil não deixará de endereçar eventuais preocupações concorrenciais em suas análises em períodos de crise ou quando examina acordos de colaboração/cooperação entre concorrentes, mas que o fará com outras métricas e mediante outros procedimentos, com que não há que se falar em não incidência das normas concorrenciais, em território nacional, nesses ou em quaisquer casos submetidos ao Cade.

5 Disponível, em sua versão de acesso público, em: https://sei.cade.gov.br/sei/controlador.php?acao=procedimento_trabalhar&acao_origem=protocolo_pesquisa_rapida&id_protocolo=816783&infra_sistema=100000100&infra_unidade_atual=110000955&infra_hash=81c6fcb4b1126752e12cf258cd29f03dba5b77e1825ebe73bfe876ae5f698266

O que há, de fato, é que ditas normas incidem sobre elementos de fato e de direito que, por sua própria natureza, dependem de pressupostos e procedimentos específicos de análise, nos moldes do que ocorreu, e o objetivo aqui é destrinchar alguns desses fundamentos, na apreciação do pedido de colaboração/cooperação entre concorrentes concernente ao “Projeto STAR”/ “Movimento Nós” em 28 de maio de 2020 (Processo nº 08700.002395/2020-51). Antes, entretanto, é importante esclarecer as principais características desse caso para compreendermos seu desenlace e o modo como o Cade processa esses pedidos.

Pedidos dessa natureza, quando submetidos à avaliação do Cade e em decorrência de eventuais impactos concorrenciais, são recebidos na forma de “Petição”, dado que não se enquadram estritamente nas hipóteses de notificação obrigatória previstas pela legislação antitruste brasileira, seja como ato de concentração, seja como contrato associativo, bem como não se conforma em quaisquer das espécies de instrumentos previstos formalmente na Lei nº 12.529/11 e no Regimento Interno do Cade (RiCade).

Ademais, passo seguinte, é realizada apreciação do pedido fruto do peticionamento sobre eventuais impactos anticompetitivos concernentes ao acordo de colaboração/cooperação entre concorrentes pela Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade), que avaliará dito pedido e se manifestará em parecer opinativo pelo acolhimento ou rejeição do pedido, na forma de Despacho SG, remetendo os autos ao Tribunal Administrativo do Cade (Tribunal) para avaliação e providências que entender cabíveis.

Ato contínuo, e a partir dos elementos disponíveis nos autos e averiguados anteriormente pela SG/Cade, dito feito será submetido ao Tribunal, mediante Despacho Presidência, e será, na hipótese de seu conhecimento, eventualmente homologado se caracterizados os elementos, de fato e de direito, que assegurem que o acordo de colaboração/cooperação entre concorrentes em exame, desde que efetivamente cumprido nos exatos termos propostos, esteja em conformidade com a legislação antitruste aplicável e não incorra em riscos à ordem econômica.

Não há prazo legal ou regimental que disponha sobre a matéria, mas percebe-se da análise que, pela natureza urgente e emergencial desses pedidos, o Cade busca processá-los internamente, nos moldes supracitados, enquanto prioritários e em caráter de

urgência. Tanto SG/Cade quanto Tribunal são cientes, nessas e em outras circunstâncias de crise, da necessidade de respostas céleres, tecnicamente fundamentadas e, sobretudo, tempestivas e compatíveis com os pedidos submetidos à Autarquia, com que são incluídos em pauta para julgamento sem demora e assim que seja possível.

No caso em exame, como parâmetro temporal, em 15 dias o pedido foi recebido, analisado pela SG/Cade, encaminhado ao Tribunal e decidido em Plenário. Antes de passar ao ponto central de nossa análise, os pressupostos/requisitos, nos termos da jurisprudência aplicável, para que o Cade considere, na SG/Cade e no Tribunal, acolher pedidos dessa natureza, é importante, contudo, descrever alguns elementos do caso-paradigma da matéria.

Em 19 de maio de 2020, as empresas AMBEV, BRF, Coca-Cola, Mondelez, Nestlé e Pepsico protocolaram junto ao Cade Memorando de Entendimentos (“MoU” ou “Acordo”) assinado em 11 de maio de 2020, no âmbito do Projeto de Recuperação da Atividade de Pequenos Varejistas (Small Trade Activity Recover – “Projeto STAR”), que resultou no chamado “Movimento NÓS”, ainda em vigor, mas agora com oito empresas integrantes.

Em sua manifestação, destacaram as partes que, com a eclosão da pandemia de Covid-19, muitos estabelecimentos, em especial, aqueles relacionados ao setor de comércio e prestação de serviços, interditaram suas atividades temporariamente como medida de contenção do surto infeccioso. Essas medidas tiveram severos impactos econômicos no comércio varejista de pequeno e médio porte – que no Brasil compreende parcela significativa dos canais de distribuição para bens de consumo como bebidas, alimentos, produtos para cuidados pessoais e domésticos –, comprometendo, assim, a própria sobrevivência de muitas dessas empresas.

Nesse sentido, constatou-se que, diante de tal cenário de profunda e prolongada crise e pela própria natureza das atividades desempenhadas pelos pontos de venda (PDV) do pequeno varejo no Brasil, ações isoladas não teriam a capacidade de produzir resultados efetivos e na escala necessária de modo a auxiliar tais estabelecimentos comerciais a retomarem suas atividades, daí a necessidade da coalização empresarial voltada a ações em seu apoio. Houve, para se chegar a essa conclusão, a presença de uma série de salvaguardas concorrenciais.

Como fundamentos da decisão, isto é, como salvaguardas à concorrência concernentes ao estabelecimento e operacionalização do Movimento NÓS que oportunizaram a acolhida do pedido de acordo de colaboração/cooperação entre concorrentes pelo Cade, avulta-se, sobretudo, i) que ações isoladas das empresas não teriam capacidade de produzir efeitos, ii) que a coalização empresarial em referência vigorará por tempo limitado, até o dia 31 de outubro de 2020, iii) que eventual prorrogação desse prazo está atrelada à pandemia e deverá ser comunicada de antemão ao Cade para sua ponderação, iv) que não envolve coordenação de ações comerciais, que serão definidas e implementadas individualmente pelas empresas e sem qualquer interação, *strictu sensu*, entre concorrentes; v) que as atividades desenvolvidas pelo Movimento NÓS não envolvem a troca de informações concorrencialmente sensíveis (preços, bases de dados, listas de clientes ou de fornecedores estratégicos e etc); e, por fim, vi) que as ações desenvolvidas são pró-competitivas e pró-eficiência e, em especial, que não poderiam ser atingidas isoladamente por nenhuma das empresas que integram o Movimento NÓS.

Após o trâmite do pedido, nos termos do fluxo supracitado, o Plenário do Cade em 04 de junho de 2020, por unanimidade, i) conheceu da petição apresentada (ainda que não se amoldasse a nenhum dos tipos processuais específicos da legislação e que não se enquadrasse nas hipóteses de notificação obrigatória previstas), ii) homologou despacho da SG/Cade que concluiu, em síntese, que há justificativa econômica plausível para o acordo, iii) que as partes adotaram protocolos de prevenção de riscos antitruste, iv) que não há indícios de tentativa de realização de práticas anticompetitivas decorrentes ou relacionadas ao Movimentos NÓS, v) resguardou sua prerrogativa de revisitar seu posicionamento em momento posterior ante quaisquer indícios de infrações à ordem econômica e vi) que existe preocupação por parte das empresas no reestabelecimento da competitividade e normalidade do setor em epígrafe.

Em síntese e nos encaminhando para a pergunta que esta pesquisa visa responder, há alguns pressupostos/requisitos, consoante sua jurisprudência, para que o Cade aprecie pedidos dessa natureza: i) a excepcionalidade da situação enfrentada, ii) a urgência necessária para a adoção de medidas, iii) a relação de

causalidade entre a crise e a colaboração/cooperação pretendida, iv) o universo temporal limitado para a colaboração/cooperação e v) as eficiências geradas, decorrentes do acordo, e seu repasse imediato aos consumidores.

Ademais, como elementos essenciais observados, salienta-se que ditos pedidos de colaboração/cooperação entre concorrentes, sob risco de não serem recebidos/conhecidos pela Autarquia, vi) devem dispor de todas as informações/documentos necessários à apreciação pela SG/Cade e pelo Tribunal no momento da submissão do pedido e vii) que ditos pedidos sejam, comprovadamente, de rápida implementação/reversão, factíveis/exequíveis, monitoráveis, economicamente razoáveis e proporcionais aos problemas decorrentes da crise que enfrentam.

Por fim, resalto, enquanto decorrência da decisão em comento, que como forma de auxiliar as empresas sobre os pedidos de colaboração/cooperação entre concorrentes, foi publicado no site do Cade, em 06 de julho de 2020, “Nota Informativa Temporária Sobre Colaboração entre Empresas para Enfrentamento da Crise de COVID-19”⁶ em que são explicados os parâmetros a serem observados quando proposto o pedido, qual o escopo da colaboração, sua duração e os principais procedimentos, entre outros aspectos relevantes para a análise e que contribuem para que as empresas tenham segurança e diretrizes claras sobre os limites desses acordos. Assim, o Cade resolveu bem a questão de, no transcurso e no pós-pandemia (ou, de modo mais amplo, no transcurso e no pós-crise), ter ferramentas, institutos e procedimentos ágeis e eficazes para dar respostas às empresas em dificuldade.

Conclusão

Desse modo, e sem exaurir tema amplamente polêmico e cheio de camadas, o estudo de como as autoridades da concorrência – ao menos, aquelas que formalmente se pronunciaram sobre o tema – contribui e justifica-se pela possibilidade de, com isso, se compreender, no caso concreto, de que modo concorrência se

6 Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-divulga-nota-informativa-sobre-colaboracao-entre-concorrentes-para-enfrentamento-da-cri-se-de-covid-19/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-cri-se-de-covid-19.pdf>

relaciona com outros campos do direito econômico, mas também quais pressupostos/requisitos, em especial, no caso brasileiro, tem permitido ou tem sido utilizados, mais comumente, ao se acolher/negar pedidos de colaboração/cooperação entre concorrentes. Ao descrever o cenário legal-institucional a respeito do assunto, com destaque, sobretudo, ao Movimento Nós, futuras pesquisas podem avançar no exame desses parâmetros e procedimentos e eventualmente observar divergências, convergências e novas possibilidades da defesa da concorrência em contextos de crises futuras no Brasil e no exterior.

Entretanto, algumas conclusões, ao menos provisórias, são possíveis, sobretudo a partir da comparação entre o caso brasileiro e a experiência internacional. Há, de fato, inegável convergência entre os pressupostos/requisitos adotados para apreciação e eventual permissão de acordos de colaboração/cooperação entre concorrentes nas principais autoridades da concorrência mundiais. Como se verifica do breve estudo elaborado no capítulo 3, em geral as autoridades da concorrência adotaram critérios similares, com algumas pequenas variações, àqueles adotados pelo Cade para sua concessão, em especial, a) que ditos acordos tenham caráter eminentemente temporário e reversível (critério de duração), b) que ditos acordos não ultrapassem o estritamente necessário para alcançar o objetivo previamente desejado (critério de escopo), c) que ditos acordos objetivamente guardem relação de causalidade entre a crise e a colaboração/cooperação pretendida (critério de causalidade) e d) que ditos acordos oportunizem ganhos de eficiência decorrentes do arranjo, imediatamente repassados aos consumidores e impossíveis por outros meios (critério de eficiência).

Sendo assim, e ressalvada a necessidade de estudos pormenorizados sobre diferenças entre as disposições da matéria que variam de acordo com cada ordenamento jurídico estudado, sobressaem semelhanças marcantes entre as soluções utilizadas mundialmente para o enfrentamento de problemas e preocupações de natureza concorrencial decorrentes da pandemia de Covid-19. Se a pandemia é, por sua própria natureza e conceito, internacional, também o direito da concorrência, que lida com seus efeitos deletérios, precisou desdobrar-se de modo mais ou menos coordenado (entre março e abril de 2020, como se observou na linha do tempo construída) e a partir de fundamentos que guardassem

alguma correspondência entre si. O direito da concorrência, de forte tendência internacionalista, perpetuou, ao longo de 2020, tradição já longínqua de encontrar soluções coletivamente e em intenso diálogo supranacional.

A respeito do caso brasileiro, é perceptível ponto que mereceria estudos mais aprofundados sobre a recepção mais ou menos intensa de informações, documentos e entendimentos de algumas autoridades e organismos multilaterais de direito da concorrência. Pelo apurado, possível mediante o cotejo entre as decisões e documentos oficiais produzidos em território nacional, os pressupostos/requisitos adotados no Brasil, bem como quais salvaguardas concorrenciais em acordos de colaboração/cooperação submetidos à autoridade preconizam sua permissão, muito se aproximam dos elementos e critérios aduzidos pela OCDE e pela ICN, assim como pelo ECN, pela CE, pelo DOJ e pelo FTC.

Há, desse ponto de vista específico, recepção mais forte e mais atenta no Brasil de princípios, parâmetros e procedimentos oriundos de países com sistemas de defesa da concorrência mais consolidados, assim como é possível afirmar, a partir do examinado, que o Brasil caminhou em sentido convergente nessa matéria com as principais autoridades da concorrência da esfera internacional ao decidir sobre o Movimento Nós, mas também ao produzir, ainda durante a pandemia, Nota Informativa que torna previsível e seguro o modo pelo qual avaliará futuramente outros pedidos que versem sobre pedidos dessa natureza. O Brasil não só acompanhou o rápido avanço sobre eventuais colaborações/cooperações entre concorrentes em decorrência da pandemia de Covid-19, como também inovou e serviu de modelo a outros países, especialmente aqueles em desenvolvimento ou com sistemas da concorrência em processo de consolidação, na busca por soluções articuladas mundialmente em fóruns, eventos e discussões que oportunizaram rápida troca de informações e experiências.

Isto posto, compreende-se que o papel do Cade na defesa da concorrência no cenário de crise pós-Pandemia provavelmente não alterará substancialmente a maneira pela qual dita Autarquia tem enfrentado e superado desafios na seara concorrencial, ao passo que, igualmente tem de estar atenta às novas estratégias e novos empecilhos eventualmente decorrentes da Covid-19 no Brasil e ao redor do mundo. É um cenário, portanto, desafiador à defesa da

concorrência, mas cheio de potencialidades, promessas e novas perspectivas.

Como no exemplo supracitado da colaboração/cooperação entre concorrentes, é preciso que o Cade, salvaguardando suas metodologias e parâmetros tradicionais de análise, assim como quaisquer outras autoridades da concorrência que pretendam enfrentar adequadamente a matéria, tenha abertura e criatividade ímpares, mas também parcimônia e autocontenção, para encontrar soluções factíveis, proporcionais, de fácil monitoramento e de rápida implementação e, sobretudo, que enderecem as preocupações concorrenciais que objetivam solucionar. O papel do Cade, como de qualquer órgão da Administração Pública, é contribuir, dentro de suas competências e capacidades, com tudo que virá e que, só ao longo dos próximos anos, será possível dimensionar, de fato, os efeitos mais duradouros e definitivos decorrentes da pandemia de Covid-19 sobre a política da defesa da concorrência no Brasil e ao redor do mundo.

Referência bibliográficas

AGGARWAL, Vinod; EVENETT, Simon J. **The Financial Crisis, the “New” Industrial Policy and the Bite of Multilateral Trade Rules.** Asian Economic Policy Review. Vol. 5, n. 2, 2010, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1733817

AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION. **Banks authorised to co-operate on loan relief and services.** 30 March 2020, <https://www.accc.gov.au/media-release/banks-authorised-to-co-operate-on-loan-relief-and-services>

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

BURNIER, Paulo; CAPOBIANO, Antonio; POVOA, Marcos. **A crise do COVID-19 e a defesa da concorrência: desafios e perspectivas à luz das orientações da OCDE.** Brasília: Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 8, nº 1. Junho 2020 ISSN 2318-2253. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/509/28>

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. **The Competition Act 1998 (Groceries) (Coronavirus) (Public Policy Exclusion)**. 2020, <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2020/369/contents/made>

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. **Postura de la COFECE en términos de la aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica ante la emergencia sanitaria**. 27 de marzo de 2020, <https://www.cofece.mx/postura-cofece-ante-emergencia-sanitaria/>

COMPETITION BUREAU CANADA. **Competition Bureau statement on competitor collaborations during the COVID-19 pandemic**. April 8, 2020, <https://www.canada.ca/en/competition-bureau/news/2020/04/competition-bureau-statement-on-competitor-collaborations-during-the-covid-19-pandemic.html>.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Nota informativa temporária sobre colaboração entre concorrentes para enfrentamento da crise de Covid-19**. 29 de junho de 2020, <http://www.cade.gov.br/noticias/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-crise-de-covid-19.pdf>

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

_____. (2020) **Antitrust during (and especially after) a global pandemic**. *Concurrences, On-Topic: Competition law and health crisis*, n° 2-2020 pp. 115-122.

DELRAHIM, Makan. **Tackling the COVID-19 challenge - a view from the DOJ**. *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 8, Issue 2, July 2020, Pages 244-246, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa032>

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

FEDERAL TRADE COMMISSION; DEPARTMENT OF JUSTICE ANTITRUST DIVISION. **Antitrust guidance – hurricanes harvey and Irma**. September 12, 2017, <https://www.justice.gov/atr/page/file/996516/download#:~:text=ANTITRUST%20GUIDANCE%20%E2%80%94%20HURRICANES%20HARVEY%20AND%20>

IRMA&text=The%20Antitrust%20Division%20of%20the,by%20Hurricanes%20Harvey%20and%20Irma.

FEDERAL TRADE COMMISSION; DEPARTMENT OF JUSTICE ANTITRUST DIVISION. **Joint FTC-DOJ Antitrust Statement Regarding COVID-19.** March 24, 2020. <https://www.ftc.gov/public-statements/2020/03/joint-ftc-doj-antitrust-statement-regarding-covid-19>

M. Griffiths. (2020) **South africa: comprehensive package of antitrust measures adopted in response to the pandemic covid-19.** Concurrences, On-Topic: Competition law and health crisis, n° 2-2020, pp. 158-165.

HORNA, Pierre M. (2020) **A global overview of the impact of Covid-19 on competition policies in key sectors.** Concurrences, On-Topic: Competition law and health crisis, n° 2-2020, pp. 178-184.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic.** April 8, 2020, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf>

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **The case for competition policy in difficult economic times.** October, 2009, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/07/ICNSGCase4competition.pdf>

JENNY, Frédéric. (2020) **Introduction.** Concurrences, On-Topic: Competition law and health crisis, n° 2-2020, pp. 11-54.

MONCUIT, Aymeric de. (2020) **How might the Covid-19 crisis change the dynamics of competition law?** Concurrences, On-Topic: Competition law and health crisis, n° 2-2020, pp. 123-132.

MUNDT, Andreas. **The Bundeskartellamt in times of COVID-19: adaption of workflows and implications for our enforcement practice.** Journal of Antitrust Enforcement, Volume 8, Issue 2, July 2020, Pages 253–255, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa014>

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

2016.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Co-operation between competitors in the time of COVID-19**. 26 May, 2020, <https://www.oecd.org/competition/Co-operation-between-competitors-in-the-time-of-COVID-19.pdf>

RAKIĆ, Ivana. **Competition Law in the Age of Covid-19**. April 30, 2020. Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2/2020, DOI: 10.5937/AnaliPFB2002025R, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3650807>

RODRÍGUEZ, Juan David Gutiérrez. **Retos del COVID-19 para el derecho y la política de competencia en América Latina y el Caribe (COVID-19 Challenges for Competition Law and Policy in Latin America and the Caribbean)**. July 30, 2020. Capítulo América Latina de la Academic Society for Competition Law (ASCOLA), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3663905>

SIMONS, Joseph J. **The Federal Trade Commission's response to the COVID-19 pandemic**. Journal of Antitrust Enforcement, Volume 8, Issue 2, July 2020, Pages 260–263, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa022>

SIMS, Rod. **Competition law in times of crisis - tackling the COVID-19 challenge: Australian Competition and Consumer Commission**. Journal of Antitrust Enforcement, Volume 8, Issue 2, July 2020, Pages 264–266, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa029>

SNOEP, Martijn. **Competition enforcement in times of crisis - a perspective from the ACM**. Journal of Antitrust Enforcement, Volume 8, Issue 2, July 2020, Pages 267–269, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa026>

VIALA, Faustine; KUPKA, David. (2020) **Cooperation between companies in times of health crisis**. Concurrences, On-Topic: Competition law and health crisis, n° 2-2020, pp. 216-223.
