

COLETÂNEA DE ARTIGOS

**DIREITO
ECONÔMICO E
DEFESA
DA CONCORRÊNCIA**

— VOLUME 01 —

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

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 Teóricos/
Conselho Administrativo de Defesa Econômica. – Brasília: CADE, 2021.
v.1
240 p.

ISBN 978-65-994834-0-0

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 Nóbregas
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

Fabiano Alves Ferreira

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT

Gabriella Carvalho da Costa

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Hearle Vieira Calvão

Ministério da Economia

Juliana Rafaela Sara Sales D'Araújo

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Leticia Ribeiro Versiani

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Mauricio Oscar Bandeira Maia

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Natália Alves Duarte Barbosa

Banco Central do Brasil

Polyanna Ferreira Silva Vilanova

Escritório Vilanova Advocacia e ex-Conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Priscilla Craveiro da Costa Campos

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Renata Tonicelli de Mello Quelho

Ministério Público Federal - MPF

Sumário

Controle preventivo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em atos de concentração: quando o processo administrativo sancionador foi necessário?

Renata Tonicelli de Mello Quelho p. 15

Ministério Público na reparação e prevenção dos danos coletivos causados em decorrência da prática de cartel – uma análise da atuação do MPDFT

Fabiano Alves Ferreira p. 41

A aplicação de medidas de defesa comercial como instrumento para consolidação de práticas anticoncorrenciais

Hearle Vieira Calvão p. 75

Prescrição intercorrente e o direito concorrencial – atos interruptivos e publicidade processual, um estudo de caso

Mauricio Oscar Bandeira Maia

Polyanna Ferreira Silva Vilanova p. 99

Uma régua na leniência antitruste: as taxas de sucesso e de declaração de cumprimento como medidas de efetividade do programa de leniência do Cade

Priscilla Craveiro da Costa Campos p. 121

O uso de Cláusulas de Desconto por reparação de danos concorrenciais em Termo de Compromisso de Cessação como instrumento de aperfeiçoamento da política de acordos do Cade com o fomento à persecução privada para reparação por danos concorrenciais

Juliana Rafaela Sara Sales D’Araújo p.145

Relaxamento dos requisitos para aceitação da Failing Firm Defense: uma discussão inócua em tempos de crise

Letícia Ribeiro Versiani p. 171

Repercussões da Lei nº 13.848/2019 na autonomia institucional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Gabriella Carvalho da Costa p. 197

A importância do fomento à concorrência no sistema financeiro nacional para a diminuição do spread bancário no Brasil

Natália Alves Duarte Barbosa p. 217

VOLUME 1:
ESTUDOS TEÓRICOS

.....

.....

Controle preventivo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em atos de concentração: quando o processo administrativo sancionador foi necessário?

Renata Tonicelli de Mello Quelho¹

RESUMO

Este estudo tem como objetivo examinar a intersecção da análise antitruste do controle preventivo de atos de concentração e a instauração posterior de processo repressivo de conduta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Para tanto, o artigo propõem-se a analisar três casos em que a operação do ato de concentração antecedeu o processo repressivo sancionador AC N° 08700.001097/2017-49 (Bayer e Monsanto), AC N° 08700.005719/2014-65 (Rumo ALL) e 08012.001656/2010-01 (*joint venture* entre Shell e Cosan). Com base na análise multifacetada e complementar do controle preventivo e repressivo de condutas, o artigo se propõe a traçar um perfil de atos de concentração que tem produzido risco de investigação no processo administrativo sancionador posterior.

Palavras-chave: atos de concentração; processo administrativo sancionador; controle preventivo; controle repressivo; atos de concentração anticompetitivos.

ABSTRACT

This paper aims to highlight the challenges of the antitrust analysis of merger control and the evaluation of its systematic results in the conduct process. To this purpose, three cases submitted to Cade (Administrative Council for Economic Defense) that

1 Analista processual do Ministério Público Federal no Ofício do MPF junto ao Cade. Pós-graduada em Direito Econômico e Defesa da Concorrência pela FGV. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. E-mail: renataticelli@mpf.mp.br.

were also refleted in the sanctioning conduct process will be studied AC N° 08700.001097/2017-49 (Bayer e Monsanto), AC N° 08700.005719/2014-65 (Rumo ALL) e 08012.001656/2010-01 (*joint venture* entre Shell e Cosan). The thesis that is proposed is that the complexity and results of the complementary analysis of merger control and conduct enforcement can help to make a profile of anticompetitive mergers that have been initiating the conduct sanctioning process over the last couple years.

Keywords: Competition enforcement; merger control; conduct enforcement; conduct process; anticompetitive mergers.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Controle preventivo e repressivo exercido pelo Cade*; 3. *Repressão de atos de concentração aprovados*; 4. *Estudo de casos*; 5. *Perfil dos casos analisados*; *Conclusão*; *Referências bibliográficas*.

1. Introdução

No presente artigo, busca-se examinar a complementariedade das esferas de controle administrativo preventivo e repressivo pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), a partir de um estudo de casos.

O controle de fusões, como uma política pública integrada e multifacetada, pode gerar repercussões na esfera do controle de condutas, tendo em vista que a potencialidade de efeitos anticompetitivos pode ser delineada a partir de questões que começam a ser vislumbradas no controle preventivo. Para o presente estudo, o direito da concorrência pode ser compreendido como o direito do controle do poder econômico, que se insere num contexto orientado por objetivos e valores traçados a partir de regras e princípios constitucionais pertinentes.²

Na primeira seção, introduziremos os contornos do controle preventivo e repressivo exercido pelo Cade. Na seção seguinte, será analisada a repressão de atos de concentração aprovados. Por fim, o estudo breve de três casos existentes em que o controle repressivo sucedeu o controle preventivo, bem como características comuns

2 FRAZÃO, Ana. Capítulo 22.4 - Direito concorrencial das estruturas. In: COELHO, Fabio Ulhoa. Tratado de Direito comercial. Vol. 6. São Paulo, Saraiva, 2015.

entre os casos que sinalizam um possível perfil.

2. Controle preventivo e repressivo exercido pelo Cade

A complexidade de atuação de um órgão estatal como o Cade deve ser compreendida como característica das transformações da postura do Estado frente à economia. Diferentemente dos modelos de Estado liberal, caracterizado por uma não-intervenção do mercado, e Estado social, que se define por uma elevação da interferência direta para promoção do desenvolvimento econômico e social, o Estado Regulador pode ser definido por um papel de coordenação, gerenciamento da realidade, controle, intervenção indireta.³

Sob a ótica do direito administrativo, a ideia de controle está intimamente associada ao Estado de Direito. O verbo controlar origina-se do francês *contrerrole*, cujo sentido atual é de “ter algo sobre domínio ou vigilância”, “verificar a regularidade de algo sobre critérios pré-definidos”.⁴

Nesta perspectiva, o controle administrativo realizado pelo Cade é revelado em duas atividades e funções principais: de modo preventivo no controle de concentrações (ou controle preventivo concreto), busca-se evitar a formação de estruturas tendentes à monopolização e prevenir a oligopolização e facilitação de colusões;⁵ e de modo repressivo (ou controle posterior de condutas infrativas), prevenir danos atuais ou potenciais vinculados a certas condutas anticoncorrenciais.⁶

O controle administrativo preventivo da concentração pelo Cade consiste na atividade de tomar conhecimento de uma situação ou

3 ARANHA, Márcio Iório. Manual de Direito Regulatório. Scotts Valley, CA: Create Space, 2013, p. 59-60.

4 MARRARA, Thiago. Controle interno da Administração Pública, suas facetas e seus inimigos. In: controles da administração e judicialização de políticas públicas, p. 48.

5 GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Cartel: teoria unificada da colusão. São Paulo, Lex Editora, 2006, págs. 44-45. A teoria econômica de monopólios e oligopólios apontam os efeitos prejudiciais sobre a concorrência, sobretudo a diminuição da concorrência e bem-estar do consumidor.

6 MARRARA, Thiago. Controle interno da Administração Pública, suas facetas e seus inimigos. In: controles da administração e judicialização de políticas públicas, p. 82.

realidade que altere a concorrência (concentração econômica⁷). No caso de possíveis efeitos prejudiciais à concorrência vislumbrados pelo Cade, a lei impõe a consecução de quatro objetivos que condicionam a aprovação. Se os objetivos não estiverem presentes, a operação deve ser reprovada.⁸

Por sua vez, o método de análise de mérito do ato de concentração (AC) é probabilístico e tem a finalidade de prever os problemas concorrenciais com base em modelos econômicos baseados nas estruturas.⁹ No método tradicional de análise da concentração econômica, a concorrência é medida por dados indiretos¹⁰ cujos indicadores capturam índices relevantes que se refletem em elementos da estrutura do mercado como grau de concentração, barreiras de entrada, facilidade de entrada/saída, dinamismo do negócio, rivalidade efetiva, perspectiva de investimentos e crescimento do mercado, dentre outros.

7 Segundo o art. 90 da Lei 12.529/2011, o ato de concentração ocorre quando: (i) duas ou mais empresas se fundem; (ii) uma empresa adquire a totalidade, parte ou o controle de outra empresa; ou (iii) duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*. Os casos que passarão obrigatoriamente por este controle seguem o critério de faturamento.

8 O §5º do art. 88 da Lei 12.529/2011 estabelece que os atos que impliquem a eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços serão proibidos. O § 6º do mesmo artigo estabelece a possibilidade de autorização de atos de concentração anticompetitivo, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: i) aumento da produtividade ou da competitividade; ii) melhora da qualidade de bens ou serviços; iii) ou promoção da eficiência e do desenvolvimento tecnológico ou econômico; e iv) sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

9 SILVEIRA, Paulo Burnier. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2020, p. 44.

10 KWOKA, John. Controlling mergers and Market power: a program for reviving antitrust in America. Competition Policy internacional, 2020, p. 69. Segundo o autor, a consideração de diversas variáveis difíceis de mensuração no processo do controle preventivo de atos de concentração como as eficiências exige uma avaliação ex-post para determinar se o prometido foi entregue, ou ainda revisar os atos de concentração com aprovação condicionada a alegações de eficiência, e preparar um plano de ação contra essas fusões mesmo se consumadas. Essa atuação da autoridade antitruste teria o condão de produzir o efeito dissuasório de alegações ex ante duvidosas, que poderia sofrer consequências adversas, sobretudo no que se refere a eficiências.

O Guia de Concentração Horizontal do Cade (Guia H) adota o modelo hipotético-dedutivo com informação diferenciada¹¹, realizado em até cinco etapas. Todo o processo de tomada de decisão estrutura-se a partir da ordenação de hipóteses secundárias com o objetivo de minimizar o custo e o tempo de instrução, definindo de antemão que tipo de informação buscar e quais os pontos de parada de instrução, isto é, quando a informação é considerada suficiente para uma tomada de decisão segura pela autoridade antitruste. É um método indutivo de avaliação de resultados de decisões passadas, assim como a jurisprudência.¹²

As etapas¹³ são resumidas em hipóteses da seguinte forma: há poder de mercado significativo em dado mercado relevante? Em caso afirmativo, passa-se para a próxima hipótese. Em caso negativo, a operação pode ser aprovada. Há probabilidade do exercício de poder de mercado (considerando as barreiras à entrada e rivalidade verificadas)? Se houver fatores mitigadores e o exercício de poder de mercado for improvável, a operação é aprovada. Caso seja negativa, é realizada a etapa seguinte que visa avaliar as eficiências geradas. Na verificação de eficiências específicas da operação e existência de benefícios do AC superiores aos prejuízos da eliminação da concorrência, o Cade poderá aprovar o AC com restrições, aplicando remédios de forma unilateral ou por meio

11 NUNES, Rubens. Duração do processo de decisão, incerteza e risco na prática antitruste: a autoridade da concorrência joga dados? In: Revista de Direito da Concorrência, nº 13, jan a mar/2007. p. 45-71.

12 NUNES, Rubens. Duração do processo de decisão, incerteza e risco na prática antitruste: a autoridade da concorrência joga dados? In: Revista de Direito da Concorrência, nº 13, jan a mar/2007., p. 51-54. Para o autor, o guia H serve para aumentar a previsibilidade dos instrumentos da política antitruste no controle de atos de concentração. O guia, todavia, não deve ser interpretado de forma mecânica, sobretudo quando se considera a natureza prospectiva da análise alimentada por informações retrospectiva.

13 As etapas da análise tradicional são: 1) definição de mercado relevante em duas dimensões: a do produto e a geográfica; 2) estimativa da parcela de mercado detida pelas empresas requerentes; 3) probabilidade de exercício de poder de mercado que pode ser mitigada se presentes rivalidade, facilidade de entrada e perspectiva de entrada de novos competidores; 4) exame das eficiências econômicas geradas pelo ato e, conforme já mencionado, os *standards* estão dispostos no art. 88, § 6º, da Lei 12.529/11 (produtividade, qualidade do produtos, desenvolvimento tecnológico, repasse relevante de benefícios aos consumidores); 5) ponderação dos custos e dos benefícios derivados da concentração. No que diz respeito à dimensão temporal, a lei fixou um período máximo de análise de operação, que no caso de declaração de complexidade é de 330 dias.

de um Acordo em Ato de Concentração (ACC) com as partes para restabelecer o ambiente concorrencial. Quando o dano causado pela eliminação da concorrência não puder ser saneado por nenhum tipo de restrição/remédio, o Cade reprovará a operação.

Neste modelo, é possível que a instrução chegue a um impasse, quando as respostas acumuladas são inconclusivas e não se consiga desenhar um experimento crucial factível, seja por falta de um modelo teórico de mercado, seja por impossibilidade de produzir a informação necessária para testar o modelo, podendo ser utilizada regras de razão prática como *in dubio pro réu* para guiar a decisão.¹⁴

A vantagem dos modelos estruturais de avaliação é a de permitirem a análise dos efeitos de uma gama ampla de decisões. Todavia, existindo uma habilidade limitada de processamento de informações, o órgão age geralmente com informações incompletas e pode explorar um número limitado de alternativas para tomar a decisão.¹⁵ A esse respeito, a assimetria de informações aguda e dependência de dados fornecidos pelos administrados coloca o órgão antitruste em desvantagem na identificação de possíveis violações e prejuízos à concorrência.

Na esfera repressiva, dada a amplitude e importância do bem coletivo concorrência, o ordenamento jurídico prevê a repercussão da ilicitude de condutas anticoncorrenciais no âmbito penal¹⁶, civil e administrativo de forma independente e cumulativa.

O controle repressivo administrativo se desenvolve no âmbito das competências do Cade no que diz respeito: 1) a fiscalização do mercado e conhecimento de condutas potencialmente infrativas; 2) ao exame de representações de infrações; bem como a instauração e a condução de procedimentos preparatórios e inquéritos; 3) a imposição de medidas cautelares; 4) a aplicações de sanções; 5) a

14 NUNES, Rubens. Duração do processo de decisão, incerteza e risco na prática antitruste: a autoridade da concorrência joga dados? In: Revista de Direito da Concorrência, nº 13, jan a mar/2007, p. 54.

15 NUNES, Rubens. Duração do processo de decisão, incerteza e risco na prática antitruste: a autoridade da concorrência joga dados? In: Revista de Direito da Concorrência, nº 13, jan a mar/2007, p. 54.

16 A lei 8.137/1990 tipificou o crime de formação de cartel, cominando a pena de 2 a 5 anos e multa às pessoas físicas que de qualquer forma se envolverem em acordos entre concorrentes. A competência para propositura da ação é do Ministério Público.

celebração de acordos.¹⁷

A legislação concorrencial brasileira, tanto no regime da Lei n.º 8.884/94, como no regime da Lei n.º 12.529/11, possui uma estrutura normativa flexível em relação à definição das condutas anticompetitivas. Os elementos essenciais da infração são: i) um comportamento imputável ao acusado (pessoa jurídica ou pessoa física, em atividade econômica ou não); ii) um dano ou risco comprovado de dano à concorrência, iii) um dos quatro efeitos nocivos do art. 36, *caput* da Lei 12.529/2011¹⁸; e iv) o nexo de causalidade entre os dois elementos anteriores.¹⁹

3. Repressão de atos de concentração aprovados

Interessa para o presente estudo, examinar a possibilidade de controle repressivo sobre atos de concentração aprovados. Segundo MARRARA²⁰, pode-se distinguir duas situações referentes à repressão de atos de concentração: i) controle dos danos ou risco dos danos anticompetitivos diretamente resultantes da operação do ato; ii) controle dos danos ou riscos de danos concorrenciais de condutas que não são inerentes à concentração previamente autorizada.

Com relação a primeira situação, de controle de danos resultantes diretos da aprovação da operação, parte da doutrina ressalta a existência de limitações de atuação do Cade resultante de direitos

17 MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo, Atlas, 2015. p. 215.

18 Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

19 MARRARA, Thiago. Infração contra a ordem econômica: parâmetros para superação da insegurança jurídica no direito administrativo da concorrência. Revista de Dir. Público da Economia - rDPE | Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 219-237, jul./set. 2017.

20 MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo, Atlas, 2015, p. 212-215.

adquiridos e coisa julgada administrativa, além de gerar quebra do princípio da confiança e da boa-fé do administrado.²¹ Segundo tal corrente, não se admite a repressão de efeitos da concentração em si.

O art. 173, § 4º da Constituição Federal de 1988 estabelece que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. A Constituição Federal não proíbe o poder econômico em si, mas o seu abuso, a manutenção, ou obtenção de modo que viole as normas concorrenciais aplicáveis. As operações de concentração que, além de gerarem poder econômico, aumentem a probabilidade de exercê-lo, potencialmente, de forma abusiva, são objeto do controle preventivo de atos de concentração.

Na mesma linha, para o modelo atual de análise de atos de concentração, deter uma participação significativa do mercado é condição necessária, mas não suficiente para o exercício unilateral de poder de mercado, fazendo-se necessária investigação de novas hipóteses.²²

O dano atual ou potencial da infração anticoncorrencial é aquele resultante de atos presentes e nunca o de atos futuros. Ainda que no controle de concentrações exista uma margem de discricionariedade para aprovar operações que resultem alguma potencialidade de danos, presume-se que o Cade examinou e aceitou esses riscos.²³

MARRARA²⁴ entende que a discricionariedade do Cade, que pode afastar a defesa da concorrência em favor de outros elementos, tais como melhora da qualidade e eficiência, não é uma renúncia à legalidade. A possibilidade de aprovar operação à primeira vista

21 MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo, Atlas, 2015, p. 213-214.

22 NUNES, Rubens. Duração do processo de decisão, incerteza e risco na prática antitruste: a autoridade da concorrência joga dados? In: Revista de Direito da Concorrência, nº 13, jan a mar/2007. p. 45-71.

23 "Os efeitos potenciais são efeitos indesejados ainda não alcançados. O ato presente com efeito futuro não se confunde com o ato futuro, sendo punível, na esfera administrativa repressiva o ato presente com efeito futuro." Idem, p. 209.

24 MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo, Atlas, 2015, p.202.

anticoncorrencial funda-se na perspectiva de concretizar valores e objetivos constitucionais.

E é nesse cenário também que FRAZÃO²⁵ constata um dever da autoridade antitruste de apresentar motivação consistente em todas as determinações, sujeitando-se a rígido controle de fundamentação, especialmente no que diz respeito à necessidade, adequação e razoabilidade da decisão no controle preventivo de estruturas.

Para examinar a moralidade e a legalidade do controle de condutas em relação a concentrações aprovadas MARRARA aponta ainda que é fundamental que se verifique, de um lado, se os administrados agiram de boa-fé, explicitaram devidamente a conduta e se atuaram de acordo com o esperado. Em não se constatando erros ou vícios no controle de concentrações, a deflagração do controle repressivo e a condenação de conduta que se identifique com o objeto de concentração já aprovada constituirá violação do arcabouço principiológico processual, sobretudo da diretriz que impede a retroação de modificações interpretativas sobre o mesmo fenômeno fático (Lei 9784/1999, art. 2º, parágrafo único XIII).²⁶

No caso de fatos novos (art. 90, da Lei 12.529/2011), informações, documentos ou qualquer outra conduta dos interessados que tenham induzido a Administração a erro no exame da operação de concentração, revelando distorção grave, a revisão a qualquer tempo da decisão e sua eventual anulação é plenamente possível.

De outro lado, a autoridade concorrencial tem o poder-dever de oficiar em face de comportamentos contraditórios das empresas realizadoras de concentração ao informado no controle de atos de concentração, considerando que o objeto do processo administrativo sancionador é diverso do controle *ex-ante*. Para MARRARA:²⁷

Sucedee que isso não exclui o dever de a autoridade concorrencial zelar pelo profundo esclarecimento da concentração apreciada.

25 FRAZÃO, Ana. Capítulo 22.4 - Direito concorrencial das estruturas. In: COELHO, Fabio Ulhoa. Tratado de Direito comercial. Vol. 6. São Paulo, Saraiva, 2015.

26 MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo, Atlas, 2015, p. 215.

27 Idem, p. 216.

É o que determina o princípio da oficialidade, expressão direta do princípio da supremacia do interesse público e diretriz especialmente relevante para a instrução de processos umbilicalmente vinculados a diversos interesses públicos primários. O fato de uma operação ser aprovada pela Cade no controle preventivo não afasta a deflagração do processo repressivo sancionador contra os agentes envolvidos na operação. Todavia, deverá analisar a prática de atos que geraram efeitos anticompetitivos.

Portanto, a análise do controle de concentrações não torna o agente econômico imune de questionamentos de quaisquer atos que comprometam, ou tenham o potencial de danificar a concorrência. A necessidade do controle repressivo de modo complementar é demonstrada tanto pela assimetria de informações do órgão, quanto pelas limitações no processamento de informações no controle preventivo. Neste sentido, como se verá adiante, o órgão pode instaurar procedimento investigativo de condutas a partir de informações que recebe de outros interessados e consumidores durante o processo autorizativo.

Cabe ressaltar, por fim, que o procedimento de eventual descumprimento de Acordo em Ato de concentrações (ACC) difere do processo repressivo. A celebração de ACC não afasta ou substitui o processo de autorização de concentração e muito menos o processo sancionador. O acordo eventualmente celebrado integra e condiciona a decisão de aprovação, mas não suprime a análise e decisão.²⁸ Nesta hipótese, a lei prevê adicionalmente no § 2º do art. 46 da Lei 12.529/2011 a suspensão da prescrição de eventuais condutas anticompetitivas durante a vigência do acordo em controle de concentrações.

4. Estudo de casos

Como visto, as preocupações concorrenciais no controle preventivo podem ter reflexos nos processos de apuração de condutas. Ao examinar estudo da *Federal Trade Commission* - FTC,

28 Idem, p. 298.

KWOKA²⁹ observa que a probabilidade de uma ação de *enforcement* daquele órgão aumentou sistematicamente conforme o número de concorrentes diminuiu. Isto é, a concentração econômica pode suscitar um risco maior que se reflita no *enforcement* de condutas.

Nesta seção serão apresentadas três operações que repercutiram no controle de condutas. No primeiro caso, Bayer e Monsanto, a instauração de procedimento sancionador é resultado de relatos e informações obtidas junto a agentes econômicos no processo autorizativo da concentração. No segundo caso, Rumo ALL, a instauração de procedimento de apuração de conduta anticompetitiva unilateral ocorreu a partir de denúncia de concorrentes no decorrer da fiscalização do cumprimento de acordo no controle de concentrações (ACC). No terceiro caso, *joint venture* que resultou na criação da Raízen, a conduta se deu após o ato ser aprovado sem restrições.

A partir da descrição dos casos, das análises da SG-Cade e Tribunal do Cade sob a perspectiva preventiva e repressiva, será possível ressaltar as características comuns dos atos de concentração que tem suscitado preocupações concorrenciais sob a ótica sancionadora.

4.1. Ato de concentração nº 08700.001097/2017-49 (Bayer e Monsanto)

Em 20.02.2017, a empresa Bayer Aktiengesellschaft (Bayer) notificou o Cade acerca da aquisição do controle unitário da empresa Monsanto Company (Monsanto). A Bayer é uma empresa

29 KWOKA, John. Controlling mergers and Market power: a program for reviving antitrust in America. Competition Policy internacional, 2020, p. 44. KWOKA aponta o estudo encontrado em <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/horizontal-merger-investigation-data-fiscal-years-1996-2011/130104horizontalmergerreport.pdf>>. A esse respeito, observa que nas fusões em mercados de concentração muito alta (que resultam em dois, três ou quatro concorrentes) a probabilidade de ação de *enforcement* permaneceu alta com o tempo. Para fusões que geraram monopólio, por exemplo, o percentual sujeito a ações coercitivas variou na estreita faixa entre 96 e 100%. Para aqueles com dois, três ou quatro concorrentes restantes, o percentual de *enforcement* aumentou ao longo do tempo em cerca de 10 pontos percentuais, e para quatro concorrentes restantes foi observado percentual de 72,7. Em linhas gerais, vislumbrou que o percentual de medidas de *enforcement* é substancial para essas quatro categorias. O estudo verificou a diminuição da probabilidade de ação coercitiva pelas agências antitruste para as fusões resultando em mais de quatro concorrentes restantes. Em cada caso, a probabilidade de ação coercitiva tem sistematicamente - e precipitadamente - diminuído.

que atua em três setores de negócios: divisão farmacêutica, saúde e *crop science*, atuando em 75 países por meio de 302 empresas. A Monsanto, por sua vez, era dividida em três setores: *crop protection* (CP), *Seeds & Traits* (S&T) e *Environmental Science* (ES) atuava no Brasil por meio de produção e comercialização das sementes e produtos por meio de subsidiárias do grupo Monsanto, com atuação em 67 países e 404 firmas. Portanto, o escopo e os efeitos resultantes da concentração tiveram impacto global, sobretudo nas tecnologias de produtos relativos aos mercados de semente e outros produtos relacionados.

A operação foi declarada complexa pela SG-Cade em 17/07/2017³⁰ e após cerca de 07 (sete) meses de análise de controle preventivo, a SG-Cade ofereceu impugnação da operação perante o Tribunal Administrativo do Cade por considerar insuficientes as alegações de eficiência da operação para compensar os efeitos anticompetitivos resultantes da concentração.

Em linhas gerais, pontuou a SG-Cade, forte preocupação com a efetiva probabilidade de exercício de poder de mercado em biotecnologia de soja e algodão tanto em relação à integração vertical e quanto do poder de portfólio (conglomerado) resultante para o desenvolvimento e integração de tecnologias entre *traits*, germoplasma e defensivos agrícolas com riscos de fechamento de mercado decorrentes do (i) fortalecimento da posição das empresas junto a canais de distribuição e (ii) incremento da capacidade em atuar com base em soluções integradas.

A SG-Cade verificou existência de elevadas barreiras à entrada de natureza regulatória referente ao licenciamento, altos custos de P&D e mão-de-obra especializada. Sobretudo para as tecnologias de soja e algodão, verificou-se vantagens competitivas expressivas em relação a eventuais entrantes por se tratar de marcas com boa reputação e detentoras de uma rede de distribuição eficiente. A entrada de novos concorrentes seria claramente intempestiva (superior a 2 anos), independentemente da cultura analisada. Também foi constatada uma baixa rivalidade do mercado, sendo

30 Segundo o voto-vista do então conselheiro João Paulo Resende, a identificação de problemas concorrenciais em dezenas de mercados e a probabilidade de produção de efeitos anticompetitivos em todas as vertentes possíveis (horizontal, vertical e conglomerado) permitiriam concluir tratar-se de uma das aquisições mais desafiadoras já trazidas perante o colegiado do Cade.

possível o estabelecimento de monopólio das Requerentes no mercado de biotecnologia de sementes de soja e algodão. Frisou ainda que a detenção de um portfólio completo é um fator que conferiria vantagem competitiva e plausibilidade de eventuais estratégias de *tying* e *bundling* anticompetitivas em um cenário pós-fusão.

No cenário pós fusão, a SG-Cade vislumbrou ainda o aumento dos incentivos para que as empresas desenvolvam eventos transgênicos/germoplasma e produtos de tratamentos de sementes que apresentem uma relação de compatibilidade estrita no médio e longo prazo, fechando o mercado. Esse risco seria especialmente sensível diante da possibilidade de que o poder de mercado das firmas em sementes e eventos transgênicos seja alavancado para segmentos de produtos complementares nos quais não possuam *market share* expressivo, como os mercados de defensivos agrícolas.

Com relação ao enfrentamento dos debates das eficiências, a SG-Cade concluiu que as eficiências alegadas³¹ não seriam suficientes por não haver informações sobre quais os dados utilizados pelas empresas para chegar aos valores por ela indicados. Desconsiderou, ainda, a alegação de lucro da empresa, pois este “não seria suficiente para tornar as eficiências benéficas ao consumidor – requisito necessário para a aprovação do AC, pois é a coletividade a titular dos bens jurídicos afetados segundo o artigo 88, 6º da Lei do Cade – ou para gerar efeitos positivos”.

O parecer do DEE foi inconclusivo, propondo, na dúvida sobre o impacto da fusão sobre a inovação, posicionamento conservador a favor da aprovação, não descartando, todavia, eventuais impactos nocivos da operação.

Após apresentação da impugnação pela SG-Cade, o AC foi distribuído ao então conselheiro Paulo Burnier da Silveira e perante o colegiado, as empresas apresentaram proposta de acordo no controle de concentrações (ACC), sendo ao final o ato de

31 As empresas alegaram sinergias referentes a diminuição de despesas gerais e administrativas; redução do valor do investimento em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), nas atividades redundantes de ambas as empresas; diminuição dos custos de produção e outras economias adicionais; criação de “sistemas integrados baseados em tecnologias otimamente desenhadas para trabalhar juntas”, soluções integradas baseada na combinação inteligente do uso otimizado de produtos, aumento do número de vendas após a união e de produção.

concentração aprovado com a aplicação de remédio estrutural³² e comportamental pela maioria do Tribunal.

Para o voto do conselheiro relator e a maioria do Tribunal administrativo, a proposição de remédios estruturais e comportamentais seriam suficientes para mitigar a probabilidade do exercício de poder de mercado horizontal, vertical e conglomerado trazidos na motivação da impugnação da operação pela SG-Cade.

Segundo o posicionamento divergente defendido pela conselheira Cristiane Alckimin e pelo conselheiro João Paulo Resende, a operação deveria ser reprovada por resultar em monopólio das sementes da soja transgênica e elevação de poder econômico em defensivos agrícolas, com efeitos conglomerados no mercado de soja. Na linha de reforço das preocupações concorrenciais, observaram a insuficiência de remédios para mitigar os problemas concorrenciais não-horizontais, sinalizando a existência de significativo poder conglomerado resultante da operação e especificamente com o domínio da cadeia completa do mercado de soja brasileiro.

Outro ponto explicitado nos votos pela reprovação da operação é que o mercado brasileiro estaria muito mais concentrado e que não seria desejável o posicionamento do Brasil de aguardar análise de outros países do mundo para aventar uma solução/remédio, visto que um remédio negociado em outras jurisdições não está preocupado com a concorrência no Brasil. Por fim, os votos dissidentes sugeriram o uso de remédios estruturais adicionais para combater riscos de poder conglomerado, que não foram aceitos pela maioria do tribunal administrativo.

4.1.2 Processo administrativo nº 08700.000270/2018-72

A instrução do ato de concentração da Bayer e Monsanto revelou-se uma ferramenta flexível de colheita de provas e escuta qualificada de grupos que seriam afetados com a operação. O procedimento preparatório para apuração de infração foi instaurado quando o processo autorizativo estava tramitando e consiste na investigação

32 O remédio estrutural foi na realidade negociado pela União Européia e era, anterior à conclusão do Cade sobre o caso, consistindo na venda de ativos para a empresa Basf, empresa que também é alemã, com o objetivo de mitigar os efeitos anticompetitivos horizontais da operação que foram apontados pela SG e pelo Tribunal.

de diversas alegações e informações obtidas junto às requerentes da concentração, aos clientes, concorrentes e consumidores nos mercados afetados.

O inquérito administrativo foi instaurado em 15/01/2018, principalmente a partir das informações de terceiros interessados habilitados no ato de concentração, com destaque às associações nacionais ligadas aos produtores de soja e de algodão. Durante a instrução do inquérito foram denunciadas novas condutas.

Ao final da instrução do inquérito, a SG-Cade instaurou processo administrativo para imposição de sanções em face de condutas unilaterais de abuso de posição dominante exercida por parte da Bayer e Monsanto, referente a: 1. programa de fidelização (PMM), 2. *breeding incentives* / Incentivos comerciais para adoção da tecnologia Intacta (RR2 IPRO) pelos obtentores, e; 3. obrigação de aquisição de volume mínimo de 15% dos campos de produção de sementes matrizes Monsoy.

Todas as condutas centralizam o problema da elevação de barreiras à entrada e o potencial de danos concorrenciais de fechamento do mercado, já aventados pela SG-Cade e votos divergentes no controle preventivo.

Quanto ao PPM e *breeding incentives*, a SG-Cade vislumbrou possíveis condutas discriminatórias com potencial exclusionário. O programa de incentivos comerciais, teria o potencial de limitar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico e dificultar investimentos destinados à produção de bens. Com relação ao percentual de aquisições mínimo de 15%, foi considerada conduta capaz de potencializar a fidelização e dificultar o desenvolvimento e funcionamento de concorrentes e fornecedores de serviços.

O processo ainda se encontra em fase instrutória, mas dá relevo a eventuais preocupações concorrenciais no controle preventivo quanto a condutas de adoção de *tying*, *bundling* e fechamento de mercado, pela empresa resultante da fusão. Sob a ótica sancionadora, a definição de mercado relevante seguiu a mesma linha explorada na análise preventiva da operação.

4.2 AC 08700.005719/2014-65 (Rumo ALL)

A operação é descrita como incorporação da totalidade das ações de emissão da ALL - América Latina Logística S.A pela Rumo

Logística Operadora Multimodal S/A. A data de notificação inicial remonta a 21/07/2013. A operação foi declarada como complexa em 5/11/2014.

No momento da operação, a Rumo atuava no mercado de serviços de logística multimodal para exportação de açúcar pelo Porto de Santos, oferecendo soluções integradas para captação de carga, transporte, armazenagem e elevação portuária.

A ALL por sua vez era a concessionária de ferrovias nos Estados de São Paulo, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. Por meio de suas controladas, prestava serviços de transporte de cargas por meio de modais ferroviário e rodoviário, que, combinados entre si, qualificavam a ALL como uma operadora de logística integrada.

Após a operação, a ALL passaria a ser subsidiária integral da Rumo. Os acionistas da Rumo (Cosan, Gávea e TPG), originariamente clientes, produtores e distribuidores de açúcar e do principal terminal portuário e combustível passariam a ser os maiores acionista e deteriam o controle indireto da ALL, com poderes para indicar a maioria dos administradores da ALL, a empresa concessionária da ferrovia.

Além de sobreposição horizontal quanto à armazenagem e movimentação portuária de grânéis vegetais e de açúcar, a SG-Cade identificou três sobreposições verticais relativas aos mercados de: (i) transporte ferroviário de cargas e logística de distribuição de vegetais sólidos; (ii) transporte ferroviário de cargas e produção e comercialização de açúcar e (iii) transporte ferroviário de cargas e produção e distribuição de combustíveis.

Quanto à probabilidade de exercício de poder de mercado, a SG-Cade, vislumbrou a existência de incentivos da integração vertical da operação para: (a) estratégias de discriminação de concorrentes da Cosan em açúcar e combustíveis; (b) criação de dificuldade ao estabelecimento de *players* independentes em mercados verticalmente relacionados; (c) acesso a informações concorrencialmente sensíveis de concorrentes; (d) venda casada. No cenário em comento, o fechamento de mercado afetaria a capacidade de concorrência de rivais, que se tornaria menos efetiva, diminuindo-se os níveis de concorrência, o que geraria impactos relevantes às várias cadeias produtivas relacionadas à operação. A SG-Cade constatou que potenciais condutas exclusionárias

de discriminação, venda casada, entre outras seriam possíveis e suficientes para prejudicar a concorrência nos mercados afetados.

Foram constatadas barreiras à entrada consistente no fato de ser a ferrovia um monopólio natural, com barreiras regulatórias e baixa rivalidade e que estaria indo de encontro à política de desagregação vertical traçada na legislação regulatória aplicável. Com relação às eficiências alegadas, que consistiu num plano de investimento para melhoria da infraestrutura ferroviária, a SG-Cade entendeu não serem suficientes para afastar as preocupações concorrenciais. Diante de tal conclusão, a SG-Cade entendeu a necessidade de adoção de remédios para mitigar os efeitos anticompetitivos, reprovando a operação e remetendo a análise ao tribunal administrativo.

Na mesma linha de raciocínio expressa pela SG-Cade, o voto do conselheiro relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo analisou as preocupações concorrenciais de possibilidade e probabilidade de exercício de poder de mercado e aplicação de um ACC com a imposição de remédios comportamentais. O Tribunal administrativo aprovou a operação condicionada à assinatura e cumprimento de Acordo em Controle de Concentrações em 10/02/2015.

Para o relator, os problemas concorrenciais decorrentes de relações verticais decorreriam de: (i) assimetria informacional entre o ente verticalizado e o mercado; e (ii) criação de interesse empresarial comum entre agentes que atuam em mercados diferentes, mas verticalmente integrados.³³

Com relação às eficiências alegadas, o voto frisa a natureza futura e incerta de planos de investimento como um compromisso de resultado de eficiências por se tratar de infraestrutura cuja perspectiva de retorno normalmente é dilatada ao longo do tempo,

33 VASCONCELOS, Gilvandro. Voto proferido no Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65. Tribunal Administrativo do CADE. Data da decisão: 10/02/2015. As cláusulas do ACC consistiram em mecanismos mitigadores dos efeitos concorrenciais: i) mecanismo de desestímulo à discriminação (critérios de precificação); mecanismo de desestímulo à venda casada (separação dos contratos); ii) mecanismo de desestímulo ao fechamento de mercado (garantia de investimentos de terceiros); iii) mecanismo de desestímulo a condutas abusivas e de estímulo ao investimento em expansão da ferrovia (limitação ao uso de ativos logísticos por partes relacionadas); iv) mecanismo de desestímulo interno à adoção de condutas discriminatórias/exclusionárias (governança corporativa); v) mecanismo de desestímulo ao compartilhamento de informações concorrenciais sensíveis (vedação ao *interlocking directorates*).

tornando ainda mais incertos os possíveis efeitos positivos que decorreriam de eventual expansão.

4.2.2 Processo administrativo nº 08700.005778/2016-03

O setor de cumprimento de decisões da Procade analisou inicialmente a representação protocolada pela Agrovia, uma das terceiras interessadas no AC, durante o cumprimento de ACC pela Rumo ALL. A Procade manifestou-se pelo regular cumprimento do ACC e encaminhou a petição para a SG-Cade, para apurar as alegações de ocorrência de um dano à concorrência.

O procedimento preparatório de inquérito administrativo foi instaurado em 10.02.2017 e o processo administrativo em 28.03.2019. Também a ANTT havia instaurado dois procedimentos para apurar a existência de indícios de infração regulatória.

A suposta conduta imputada pela SG-Cade é a de que a Rumo ALL teria impedido o acesso de seu concorrente (Agrovia) no mercado *downstream* aos equipamentos e canais de distribuição necessários à sua atividade-fim de escoamento do açúcar, criando dificuldades desarrazoadas ao funcionamento e desenvolvimento de empresa concorrente ao interditar o pátio de Santa Adélia que seria usado pela Agrovia. A conclusão final da SG-Cade é pela condenação da Rumo ALL tendo em vista que a manutenção do pátio de Santa Adélia seria de responsabilidade da Rumo ALL.

O processo autorizativo e o processo sancionador seguiram a mesma definição de mercado relevante. Observa-se do exame paralelo do processo no controle preventivo e repressivo que, ainda que o remédio comportamental tenha buscado exaurir as situações de prováveis abusos de poder econômico e danos à concorrência, ainda assim, uma situação não previamente vislumbrada, resultou na instauração de processo administrativo sancionador.

4.3 AC N° 08012.001656/2010-01 (*joint venture* Cosan e Shell)

O ato de concentração de *joint venture* entre Cosan e Shell de 2010 deu origem à Raízen, e foi aprovado sem restrições em 05/02/2012, por unanimidade, nos termos do voto do conselheiro Ricardo Machado Ruiz. A notificação ao Cade foi apresentada em 19/02/2010, dentro do prazo legal de 15 dias úteis após o ato de constituição.

.....

Não obstante analisado sobre a égide da Lei 8.884/1994, com parecer emitido pela SEAE e não pela SG-Cade, com análise posterior à operação e não de maneira preventiva à consumação, verificou-se que, posteriormente ao ato de concentração, em 2014, houve representação de um concorrente no mercado de distribuição que gerou a instauração de processo administrativo.

O voto relator de aprovação do ato de concentração seguiu as mesmas conclusões da SEAE à época, justificando a não aplicação de remédios no mercado de distribuição, com base nos seguintes argumentos:

278. Inúmeros são os fatores que fundamentam a não aplicação de qualquer restrição no mercado de distribuição de combustível em decorrência do presente ato de concentração:

- a) *não há sentido na **redefinição do mercado relevante** em função da estrutura de custos diferenciada das Requerentes decorrente de participação nos "pools" de distribuição, nos termos propostos pela ANDIC;*
- b) *em apenas quatro unidades da Federação, as participações conjuntas das Requerentes **ultrapassam 20%**;*
- c) *em todas as unidades da Federação, a Petrobrás, por meio da **BR Distribuidora, é a líder de mercado**, sendo seguida pela Ipiranga, Raízen, Alesat e distribuidoras regionais, disputando a vice-liderança.*
- d) *a **coordenação é pouco provável** tendo em vista a necessidade de adesão da Petrobrás para que qualquer colusão tivesse alguma racionalidade o que parece ser uma situação bastante remota;*
- e) *as **barreiras à entrada não são tão relevantes** quanto enfatizado pela ANDIC tendo em vista haver mais de 200 distribuidoras de combustível em atividade no País; em todos os mercados relevantes, existem distribuidoras regionais com mais de 5% de participação o que demonstra efetivamente a existência de concorrência potencial nesse mercado.*
- g) *o **acesso aos "pools" pode melhorar as margens das Requerentes, entretanto não impede a concorrência no mercado de distribuição;***
- h) *há **efetivamente cessão de espaço nas bases de distribuição**, tendo sido relatada a existência de centenas de contratos pela ANP e pelas Requerentes, havendo cessão de espaços ociosos em bases de distribuição por todas as grandes distribuidoras e por distribuidoras regionais, ou seja, trata-se de um procedimento comumente realizado no mercado;*
- i) *consta nos autos a informação de que houve **investimentos expressivos para aumento de tancagem** nos últimos anos;*

j) *há manifestação de distribuidoras relativizando a logística de transporte como **fator preponderante na competição** no setor de distribuição. (destaques do original)*³⁴

Segundo o voto, com base nos precedentes do Cade, os vestígios de problemas concorrenciais pontuais não seriam suficientemente robustos para aplicação de restrições à operação.

O voto integrou à motivação um compromisso unilateral comportamental apresentado pelas empresas requerentes da *joint venture* de melhorar a transparência de acesso aos pools de distribuição nos termos explicitados no documento denominado “Termo de Regulação de Conduta - TRC³⁵”.

4.3.1 Processo administrativo 08700.001831/2014-27

O inquérito administrativo deste processo foi instaurado em 27/02/2014 e o processo administrativo, em 02/10/2018. As condutas anticompetitivas imputadas pela SG-Cade, a partir das informações de Gran Petro Distribuidora de Combustíveis Ltda foram: 1) recusa pela Raízen de contratar a cessão de espaço na base de distribuição no entorno da Replan a um dos rivais, cujas conclusões da SG-Cade foram pelo arquivamento e 2) Imposição de barreiras artificiais à entrada e de dificuldades de acesso à infraestrutura essencial no mercado de Querosene de Aviação (QAv) no Aeroporto de Guarulhos, no qual concluiu pela condenação das representadas Air BP, BR e Raízen.

A investigação sobre a segunda conduta refere-se a um possível

34 RUIZ, Ricardo. Voto proferido no Ato de Concentração nº 08012.001656/2010-01. Tribunal Administrativo do Cade. Data da decisão: 05/02/2012.

35 De acordo com o TRC, nas bases compartilhadas de distribuição de combustível, a *joint venture* se comprometeria a realizar esforços no sentido de melhorar o tratamento a ser dado as solicitações de terceiros para ingresso nas bases de distribuição de combustíveis compartilhadas (pools). A esse respeito, o documento dispôs sobre a formalização do fluxo de informações entre as distribuidoras participantes do pool de distribuição. Por fim, a fixação de critérios objetivos para a entrada de distribuidoras interessadas nos pools - capacidade jurídica, financeira e técnica de qualquer agente econômico.

impedimento criado pelas empresas associadas no *pool* de hidrantes³⁶ de Querosene de Aviação (Air BP, BR e Raízen) à distribuidora entrante com parque de abastecimento independente, impedindo o acesso a rede de hidrantes no aeroporto de Guarulhos, e conectar-se tempestivamente à rede de hidrantes já estabelecida, mantendo sua estrutura de armazenagem independente do *pool*.

No caso, a SG-Cade procedeu à avaliação dos efeitos de fechamento do mercado e criação de dificuldades à empresa entrante, por meio de cláusula não prevista inicialmente no TRC celebrado perante o Cade, fortalecendo uma barreira à entrada. A SG-Cade considerou que o prejuízo à concorrência proveniente da conduta superaria os seus benefícios, que poderiam ser alcançados, sem o tratamento discriminatório.

Constata-se do caso que, ainda que o ato tenha sido aprovado sem restrições, fatos das dinâmicas de mercado revelaram que o controle repressivo pode ser aberto para investigar mais detalhadamente possíveis danos à concorrência de situações específicas. Salienta-se também que o voto da análise do processo autorizativo da concentração adotou definição ampla de mercado relevante e subestimou o exercício de poder de mercado na infraestrutura de *pools*. O processo administrativo sancionador considera uma definição mais restrita no caso para configuração da conduta anticompetitiva.

5. Perfil dos casos analisados

Com base nos três casos é possível traçar um perfil inicial com características dos ACs, resumidos na seguinte tabela:

36 Segundo a da SG-Cade, hidrantes fazem parte de uma infraestrutura que consiste numa rede subterrânea que dispensa o uso de CTAs, requerendo, contudo, a utilização de veículo denominado servidor de hidrante. Os CTAs são veículos de autopropulsão, dotados de um tanque com capacidade de armazenamento. São projetados especialmente para o transporte de combustíveis em pátios de aeronaves. Esses veículos estão equipados para filtrar, medir e transferir a quantidade de combustível definida pelo cliente para a aeronave e podem ser de diferentes categorias e capacidades de tancagem.

	Bayer e Monsanto	Rumo ALL	Raízen
Lei aplicável	Lei 12.529/2011	Lei 12.529/2011	Lei 8.884/1994
Tempo de tramitação do AC	317 dias.	204 dias.	2 anos.
Probabilidade de exercício de poder de mercado	Horizontal, vertical e conglomeral.	Horizontal e vertical.	Horizontal e Vertical.
Barreiras à entrada apontada	Custos de P&D, requisitos regulatórios, entrada intempestiva, detentora de marca renomada e rede de distribuição eficiente.	Regulatória e típica de monopólio natural.	Regulatória, porém baixa de acordo com definição de MR ampla.
Rivalidade	Baixa rivalidade. Existência de oligopólio nos mercados afetados.	Ausente. Integração entre as cadeias produtivas.	Foi constatada rivalidade.
Eficiências	Suscitada eficiência no desenvolvimento de produtos e tecnologias integradas. Considerada insuficiente.	Plano de investimento não foi suficiente para elidir as preocupações concorrenciais identificadas.	O exercício de poder de mercado foi considerado improvável.
Aplicação de remédios	Estrutural e comportamental.	Comportamental.	Compromisso comportamental unilateral apresentado pelas requerentes para regular pool de distribuição de combustíveis
Risco de dano à concorrência vislumbrado	Fechamento de mercado e poder de portfólio.	Fechamento de mercado.	Não indicado.

Tempo entre o AC e a abertura de procedimento	Antes da finalização do processo autorizador da concentração.	2 anos após a aprovação.	2 anos após a aprovação.
------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------	--------------------------	--------------------------

Observa-se da análise conjunta de variáveis dos casos, características que podem ser apontadas a partir da sistematização dos três casos: (i) as operações foram realizadas em mercados relativamente concentrados; (ii) complexidade de análise, observável a partir do tempo necessário para a instrução; (iii) em todos os casos o papel de terceiros interessados (concorrentes, consumidores) das operações foram relevantes para a instauração de processo administrativo sancionador, permitindo a colheita de informações sobre o funcionamento e as condições de concorrência no mercado; (iv) em todos os casos a instauração de procedimento sancionador teve como objeto apuração de condutas unilaterais; (v) em todos os casos analisados pela regência da Lei 12.529/2011 foram aplicados remédios negociados com o tribunal administrativo e para, o da Lei 8.884/94, as empresas apresentaram compromisso unilateral comportamental; (vii) a definição de mercado relevante na avaliação da operação analisada sob a égide da Lei 8884/1994 foi alterada para a instauração de procedimento sancionatório de conduta.

Conclusão

Nos casos estudados (operação Bayer e Monsanto, a operação Rumo ALL e a operação *joint venture* Shell e Cosan), demonstrou-se a complementariedade do controle preventivo e repressivo do Cade e a possibilidade de identificação de características que tornam o ato de concentração sujeito a um risco maior de investigação de condutas por parte do Cade.

Observou-se os trâmites do ato de concentração ou cumprimento de ACC não impedem a instauração de procedimento para investigação de ocorrência de infração, pois a aprovação da operação não torna o agente econômico imune à avaliação de condutas que gerem danos ou riscos de danos à concorrência. Sobretudo, em razão da assimetria e limitação do processamento de informações no controle preventivo no método tradicional.

Constata-se, portanto, o papel relevante do controle do órgão antitruste no combate ao abuso de poder econômico de modo preventivo e repressivo. Por se tratar de atividade que lida com a tomada de decisões em cenários de incerteza, o sistema deve se retroalimentar com avaliação de decisões de casos concretos e da efetividade da política pública aplicada.

Referências bibliográficas

ARANHA, Márcio I. Manual de Direito Regulatório. CreateSpace, 2013.

FRAZÃO, Ana. Capítulo 22.4 – Direito concorrencial das estruturas. In: COELHO, Fabio Ulhoa. Tratado de Direito comercial. Vol. 6. São Paulo, Saraiva, 2015.(versão ebook).

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

KWOKA, John. *Controlling Mergers and Market Power: a program for revising antitruste in America. Competition Policy internacional*, 2020.

MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos: de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. São Paulo, Atlas, 2015.

_____. Infração contra a ordem econômica: parâmetros para superação da insegurança jurídica no direito administrativo da concorrência. *Revista de Dir. Público da Economia - rDPE | Belo Horizonte*, ano 15, n. 59, p. 219-237, jul./set. 2017.

NUNES, Rubens. Duração do processo de decisão, incerteza e risco na prática antitruste: a autoridade da concorrência joga dados? In: *Revista de Direito da Concorrência*, nº 13, jan a mar/2007. P. 45-71.

SILVEIRA, Paulo Burnier. *Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2020 (versão ebook).

Legislação

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Lei 12.529/2011. Lei que Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Promulgada em 30 de novembro de 2011.

_____. Lei 8884/1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Promulgada em 11 de junho de 1994.

Jurisprudência

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Ato de Concentração n. 08700.001097/2017-49. Conselheiro Relator Paulo Burnier Silveira. J. em: 07/02/2018.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Ato de Concentração n. 08700.005719/2014-65. Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos. J. em: 10/02/2015.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Ato de Concentração n. 08012.001656/2010-01. Conselheiro Relator Ricardo Ruiz. J. em: 05/02/2012.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo administrativo nº 08700.000270/2018-72.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo administrativo nº 08700.005778/2016-03.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo administrativo 08700.001831/2014-27.

O Ministério Público na reparação e prevenção dos danos coletivos causados em decorrência da prática de cartel – uma análise da atuação do MPDFT

Fabiano Alves Ferreira¹

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar a importância da atuação do Ministério Público na reparação dos danos coletivos causados pelas condutas anticoncorrenciais, notadamente aqueles decorrentes de cartel. Nesse contexto, serão examinados alguns aspectos da responsabilidade civil por danos oriundos de cartéis, destacando-se a tutela coletiva, por meio da ação civil pública, pelo Ministério Público, erigida como instrumento de potencial estímulo à reparação e prevenção dos danos coletivos decorrentes de cartel. A atuação da tutela coletiva do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios- MPDFT, no *public antitrust enforcement*, no âmbito do Distrito Federal, será destacada, a partir da análise dos resultados alcançados nos cartéis de postos de combustíveis (Operação Dubai), revendedores de GLP (Operação Júpiter) e cartel do Metrô-DF, a fim de perquirir seus potenciais efeitos das ações coletivas no combate aos cartéis do DF.

Palavras-chave: Ministério Público; Tutela Coletiva do Consumidor; Reparação de Danos; Cartel.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the importance of the Public Prosecutor's Office's performance in repairing the collective damages caused by anticompetitive conducts, notably those

1 Pós-Graduação em Direito Empresarial e Direito Civil pela Universidade Cândido Mendes. Servidor Público Analista – área de Direito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios- MPDFT. E-mail: fabiano.ferreira@mpdft.mp.br.

resulting from a cartel. In this context, some aspects of civil liability for damages arising from cartels will be examined, highlighting the collective guardianship, through public civil action, by the Public Prosecutor's Office, erected as an instrument of potential stimulus to repair and prevent the collective damages arising from a cartel. The performance of the collective action of the Public Prosecutor's Office of the Federal District and Territories - MPDFT, in *public antitrust enforcement*, within the Federal District, will be highlighted, from the analysis of the results achieved in the cartels of gas stations (Operation Dubai), LPG dealers (Operation Jupiter) and Metro-DF cartel, in order to ascertain their potential effects of the collective actions in the fight against the cartels of the Federal District.

Keywords: Public Prosecutor's Office; Collective Tutelage of the Consumer; Repair of Damages; Cartel.

Sumário: 1. Introdução; 2. Tutela Coletiva da Concorrência pelo Ministério Público; 3. Elementos estruturantes da tutela coletiva da responsabilidade civil decorrente de cartel pelo Ministério Público; 4. Elementos para o fortalecimento das ações coletivas danos de cartel pelo Ministério Público; 5. Atuações do Ministério Público do Distrito Federal no combate e na reparação de danos decorrentes de cartel no DF; Considerações finais; Referências.

1. Introdução

A atuação coletiva do Ministério Público na reparação dos danos coletivos causados pelas condutas anticoncorrenciais, especialmente aquelas decorrentes da prática de cartel, é indissociável ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)², diante da coexistência de interfaces (diálogo de fontes), entre a defesa ordem econômica e proteção constitucional do direito do consumidor, os quais têm por objetivos comum; a garantia de um ambiente de concorrência efetiva ou em potencial, a fim de resguardar a liberdade de opção de escolha ao consumidor.

2 Conjunto de órgãos governamentais responsáveis pela defesa da ordem econômica e dos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, direito dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Atualmente, esses órgãos governamentais que formam o SBDC são o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

Por conseguinte, dentre as práticas anticoncorrenciais, infere-se que a conduta de cartel pode ser considerada uma das mais graves violações a ordem econômica e ao direito do consumidor, em razão das graves repercussões econômicas e sociais que os seus efeitos causam, especificamente para o consumidor, conquanto a sua capacidade deletéria de incidir nos aumentos de preços, na qualidade, disponibilidade de produtos e serviços, diminuindo os processos de eficiência e inovação entre as empresas, bem como acentuando os índices de concentração e distribuição de renda da população.³

Assim, o papel de integração do Ministério Público com os demais órgãos de defesa da concorrência, especialmente o Conselho de Administração da Atividade Econômica- CADE, torna-se sinergicamente importante para consagração dos valores constitucionais, dentre os quais se destacam; a defesa do consumidor, a livre iniciativa e a livre concorrência. Essa atuação encontra-se devidamente amparada pelos microsistemas jurídicos: a Lei 7.347/85, a Lei n.º 8.078/1990 - Código de Defesa do Consumidor e a Lei n.º 12.529/2011.

Desta forma, o presente trabalho se destinará, por meio de uma análise legal, doutrinária e jurisprudencial, aferir a legitimidade e a importância do uso da tutela coletiva pelo Ministério Público, como instrumento efetivo para a reparação dos consumidores que tenham sofrido danos provenientes de cartel, revelando-se um potencial mecanismo, apesar de ainda incipiente, para dissuasão e consecução da manutenção do equilíbrio de mercado e ordem econômica, bem como a reparação dos danos deles oriundos, com vistas a avultar o interesse maior do consumidor.

Atualmente, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT encontra-se na vanguarda da tutela coletiva dos danos anticoncorrenciais, com atuações de destaque na reparação de danos à coletividade do Distrito Federal contra abusos do poder econômico em detrimento das práticas de cartéis ocorridos no Distrito Federal nos últimos anos, como; o cartel de postos de combustíveis (Operação Dubai), dos revendedores de GLP

3 (SANTA CRUZ, Ruy. Cartel na Lei Antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos. In: MATTOS, César (coord.). *A revolução do antitruste no Brasil - a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003. p. 415-416).

(Operação Júpiter) e do cartel do Metrô-DF.

No entanto, o foco do presente artigo, não será o tratamento, de modo exaustivo, do instrumento da tutela coletiva, por meio da ação civil pública, mas tão somente, demonstrar, a partir de alguns exemplos práticos de atuação do MPDFT, que o presente instituto tende-se a vigorar como uma ferramenta processual promissora na reparação e repressão dos danos decorrentes de cartel.

Desta forma, dividiu-se o trabalho em duas partes: a primeira, tratar-se-á dos aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais acerca da tutela coletiva da responsabilidade civil pelo Ministério Público, como instrumento para a reparação dos consumidores que tenham sofrido danos provenientes de cartel. O segundo ponto, será analisar a atuação do MPDFT, nos casos dos cartéis de postos de combustíveis (Operação Dubai), revendedores de GLP (Operação Júpiter) e o cartel do Metrô-DF e os seus resultados para a coletividade de consumidores do Distrito Federal.

2. Tutela Coletiva da Concorrência pelo Ministério Público

O direito do consumidor a um ambiente competitivo e saudável, que preserve a sua liberdade de escolha, não influenciada ou enviesada por condutas anticoncorrenciais. Tal afirmativa, demonstra a existência de um diálogo constitucional⁴, entre a defesa à ordem econômica e proteção do direito do consumidor em busca de um objetivo comum: a preservação do direito de escolha do

4 Para MARCELO SCHENK DUQUE“(...) o diálogo das fontes constitucionais pode chegar-se à conclusão de que a defesa do consumidor, além de se caracterizar como direito fundamental e como objetivo da República, configura-se, igualmente, em fundamento do próprio Estado. O mesmo raciocínio escalonado vale para a defesa da livre concorrência, enquanto elemento necessário para a defesa do consumidor. Trata-se de uma perspectiva que coloca a pessoa como centro das considerações jurídicas, como motivo condutor do Direito e que, indiscutivelmente, aponta para a circunstância de que o Estado está formado para servir à pessoa e não o contrário, perspectiva, por excelência, do nascimento da teoria do diálogo das fontes. DUQUE, MARCELO SCHENK Incorporação do Diálogo da Teoria do Diálogo das Fontes à Constituição: Um caminho para a Proteção Jurídico Fundamental do Consumidor. Novas tendências do Direito do Consumidor, de Cláudia Lima Marques e Beate Gsell (orgs.). Revista de Direito do Consumidor. vol. 102. ano 24. p. 517-523. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.

consumidor, com vista ao seu bem-estar.⁵ Por conseguinte, pode-se inferir que o direito da concorrência tutela, indiretamente, o consumidor (liberdade de escolha), no seu aspecto individual, bem como toda coletividade de consumo, em seu aspecto finalístico⁶, ou seja, na disponibilização de meios que garantam o desenvolvimento econômico e social do país, além da atividade de repressão e reparação de danos causados aos interesses coletivos.

Por outro lado, a tutela coletiva do consumidor é um dos maiores desafios constitucionais do Ministério Público, tendo em vista a dinamicidade das relações de consumo e a busca de métodos eficazes em sua defesa, além de sua importância dentro da centralidade da dignidade da pessoa. Por conseguinte, diante deste cenário, um novo desafio surge para a tutela coletiva pelo Ministério Público: o consumidor como sujeito de potencializar direitos concorrenciais derivados de práticas anticoncorrenciais, mormente aquelas decorrentes de cartel.⁷

Assim, a ação coletiva de reparação de danos oriundos do cartel, com vista a repressão e desestímulo às práticas anticoncorrenciais, não seria apenas uma medida de fortalecimento do Ministério Público no *public enforcement* antitrust, mas também a redefinição da sua atuação institucional na defesa de direito fundamental do consumidor, qual seja; a tutela ao direito à concorrência, seja na proteção do livre mercado e da livre concorrência (direitos difusos ou coletivos), ou na reparação dos danos causados pelo cartel, com finalidade de propiciar e preservar um ambiente de mercado

5 Com esse fundamento, segundo Roberto Augusto Castellanos, a autoridade competente deve reprimir o abuso do poder econômico (forte no art. 173, § 4.º, da Constituição Federal c/c ao art. 36, § 1.º, da Lei federal 12.529/2011), não apenas em razão da necessidade de conter a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos preços por determinado agente econômico, mas também para defender o bem-estar do consumidor. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito. Disponível em <http://www.teses.usp.br/>, acessado em 10/08/2020.

6 FORGINONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 261.

7 Assim, diante do reconhecimento do princípio constitucional da dignidade humana do consumidor, exsurge o reconhecimento de um novo direito fundamental: o direito à concorrência, ancorada aos ditames da justiça social. SCHNEIDER Andressa Caroline Do direito da concorrência ao direito à concorrência: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor. Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2016. p. 319.

competitivo que assegure o seu direito de escolha do consumidor (direitos individuais homogêneos).⁸

Destarte, a dimensão do papel do Ministério Público torna-se relevante na concretização das políticas de defesa da concorrência e, por extensão, da defesa do consumidor, diante da sua função constitucional de defesa do mercado contra as infrações contra a ordem econômica, garantindo a coletividade, o acesso ao um mercado equilibrado e competitivo (direitos transindividuais), e dos direitos dos consumidores em si, por meio da tutela coletiva de reparação dos danos materiais e morais decorrentes de cartel (defesa de direitos individuais homogêneos de relevância social).⁹

Portanto, a efetivação de uma política pública antitruste perpassa pelo fortalecimento dos instrumentos públicos e privados de combate às práticas anticoncorrenciais, a qual encontram-se ancorados na função tripartite (administrativa, criminal e cível). No entanto, quando esse último aspecto, torna-se imperioso demonstrar que a estruturação da tutela coletiva pelo Ministério Público pode se tornar eficaz, diante de sua incumbência constitucional e da

8 Andressa Caroline propõe-se que:“(...) (i) a interpretação do termo “consumidor” na Lei 12.529/2011 seja considerada em uma perspectiva dialógica que envolva o Código de Defesa do Consumidor, reconhecendo-se que a defesa do consumidor, no âmbito concorrencial, abrange tão somente o consumidor final, afastando-se desse conceito o consumidor intermediário, (ii) seja adotada uma perspectiva de bem-estar do consumidor baseada em um modelo que ultrapasse o aspecto econômico, conforme a ideia de well-being e (iii) seja considerada a adoção de um Ombudsman consumerista a fim de ampliar a representação dos interesses do consumidor junto à autoridade concorrencial e consolidar a integração das ações que envolvem SBDC e SNDC SCHNEIDER, Andressa Caroline. A concorrência como instrumento: uma análise em função do princípio da defesa do consumidor. Revista de Direito do Consumidor. vol. 105. ano 25. p. 247-270. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2016 .Pág 264.

9 Para Luiz Carlos Buchain, “(.) os efeitos da infração da concorrência devem ser distinguidos em duas ordens: a) efeitos de ordem estritamente pública, cuja penalização é administrativa e cargo do CADE (multas e demais cominações) e, b) efeitos privados que recaem sobre indivíduos e empresas e que os legitima para ingresso em juízo, visando a cessação de práticas anticoncorrenciais e/ou indenização pelas respectivas perdas e danos sofridas.(...) BUCHAIN Luiz Carlos. Ação Civil Coletiva e Responsabilidade Civil Concorrencial Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./ UFRGS. 2019.

amplitude de representatividade do *Parquet*¹⁰ na defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos¹¹, o que pode asseverar, de certa forma, uma maior garantia de eficiência instrumental na reparação dos direitos tutelados, permitindo-se assim, um acesso mais amplo à justiça dos consumidores prejudicados pelas práticas deletérias do cartel.

O próprio Cade já adotou medidas para incentivar o ajuizamento de ações civis públicas e coletivas para o combate aos cartéis no emblemático julgamento do chamado “Cartel dos Gases” (Processo Administrativo nº 08012009888/2003-70, julgado em 01 de setembro de 2010.

A multa imposta pelo Conselho não repara os danos patrimoniais e morais causados a pessoas específicas. A indenização por tais danos deve ser engendrada pelas vias judiciais cabíveis. A via de maior destaque é a ação civil pública (...). Merece destaque, ainda, a ação privada, ajuizada pela vítima do cartel em busca de reparação pelos danos causados. A utilidade de ações privadas para a promoção da concorrência já foi comprovada em jurisdições estrangeiras. (...) No Brasil, porém, quase não se tem notícia de ações privadas em razão de danos causados por cartéis. Perde-se, assim, um importante fator a desestimular a prática de conluio. E os prejudicados também deixam de ser ressarcidos pelos danos causados (..)” grifo nossos.

10 Segundo Paula Forgioni, sobre a possibilidade de cooperação do Ministério Público no emfretamento as práticas antitrustes“(…) *um país de dimensões continentais, com diversidades tão marcantes entre as regiões e em ebulição econômica, não se pode pretender que o CADE, a partir de seus gabinetes em Brasília, tenha condições de, sozinho, coibir abusos de posições dominantes e de práticas anticompetitivas em todo território nacional. A Lei 12529/2011, na medida em que protege interesses difusos, ligados ao bom funcionamento do mercado e à defesa dos consumidores, deve ter sua eficácia material garantida pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.* FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 126.

11 Os direitos individuais homogêneos são divisíveis, têm titularidade determinada e a possibilidade da tutela coletiva decorre da origem comum, ou seja, por possuírem a mesma causa fática ou jurídica. Para a jurisprudência, o Ministério Público somente teria legitimidade para tutela desses direitos quando considerados indisponíveis ou quando disponíveis fossem revestidos de caráter e relevância social STJ (Resp 347.752/SP) que “*a relevância social pode ser objetiva (decorrente da própria natureza dos valores e bens em questão, como a dignidade da pessoa, meio ambiente, saúde, educação) ou subjetiva (afiorada pela qualidade especial dos sujeitos – grupo de idosos, crianças – ou pela repercussão massificada da demanda).*”

No mesmo sentido, entende Demetrius Ferreira Chacur¹² que: [...] *o papel da ação civil pública como instrumento de tutela coletiva de combate às infrações à ordem econômica ganha destaque e se revela como elemento fundamental para garantir o equilíbrio no mercado.*

Portanto, o desenvolvimento das políticas públicas de reparação e prevenção de danos aos consumidores advindos de práticas de cartel, depende, necessariamente, do aperfeiçoamento dos mecanismos de tutela coletiva, a fim de conferir maior efetividade às ações de reparação de danos de cartéis, na medida em que favorece a redistribuição e o equilíbrio entre as forças litigantes, proporcionando maior efetivação no cumprimento do direito material de parcela mais significativa da coletividade lesada pela prática de cartel, além da redução os custos econômicos do ajuizamento de demandas judiciais, conferindo-as maior celeridade processual, uniformidade e singularidade às decisões judiciais.

No que concerne a legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de ações coletivas de reparação de danos coletivos provenientes de condutas anticoncorrenciais, a Constituição Federal, no artigo 129, inciso III, definiu ser função institucional do Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção dos interesses **difusos e coletivos**. A Lei Complementar n. 75/93, em seu art. 6º, dispõe que compete ao Ministério Público *“a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, destacando-se a proteção ao consumidor e a ordem econômica”*.

O art. 47 da Lei n.º 12.529/2011, dispõe:

“(..)Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Ademais, a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) é expressa quanto à legitimidade do Ministério Público para propor as ações coletivas *“por danos morais e patrimoniais causados por infração*

12 CHACUR, Demetrius Ferreira. Ação Civil Pública para a proteção do mercado e da concorrência. Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha, ano 6 n. jul/dez 2012, pp. 83 - 93, 2012.

.....

à ordem econômica” (art. 10, V). Acrescente-se que a legitimidade ativa do Ministério Público decorre do também do disposto na Lei 8.078/90, artigos 81 e 82. No art.1, parágrafo único, Lei n.º 12.529/2011 diz que a: “*coletividade*¹³ é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.” Por fim, o art.115¹⁴, da Lei n.º 12.529/2011, dispõe sobre aplicação subsidiária das normas processuais do CDC e da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) a lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

Portanto, constata-se, notadamente, que atuação coletiva do Ministério Público encontra-se balizada no diálogo dos microsistemas do art. 47 de LDC, da Lei 7.347/85 e do art. 82 do CDC. Assim, torna-se evidente, tanto na doutrina¹⁵, quanto na jurisprudência, a consagração da legitimidade do Ministério Público para propositura de ações coletivas para a reparação e a prevenção de danos causados por cartéis.

Contudo, passaremos analisar a aplicabilidade da tutela coletiva na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. O art. 47 da Lei n.º 12.529/2011, diz que os **prejudicados** (direta ou indiretamente), que sofreram os prejuízos econômicos, decorrentes de condutas de manipulação, combinação ou aumento de preços, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou na tutela de individuais homogêneos, para fins de obtenção da cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e

13 De acordo com Salomão Filho, essa seria a função institucional da concorrência, ou seja, a proteção do próprio sistema da concorrência, o qual não seria passível de ser reparada pelos consumidores de forma individual ou coletiva, em razão da sua indivisibilidade. SALOMÃO FILHO. Calixto. Direito Concorrencial –1.Ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p. 98.

14 Art. 115. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta Lei as disposições das Leis n.ºs 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.078, de 11 de setembro de 1990, e 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

15 FREITAS, Paulo Felipe Carneiro Tutela coletiva da responsabilidade civil por infração à ordem econômica. 2013. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em <http://www.teses.usp.br/>, acessado em 07/08/2020. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em <http://www.teses.usp.br/>, acessado em 10/08/2020.

danos sofridos econômicos pela sobrepreço de produtos e serviços.

No caso, a referida lei traz a positivação normativa sobre a possibilidade do ajuizamento da ação de reparação de danos de cartel, tanto individualmente, ou seja, o consumidor prejudicado propriamente pela prática, bem como da coletividade de consumidores - direitos individuais homogêneos por danos concorrenciais, em decorrência da prática de cartel, trazendo-se uma função essencialmente reparatória aos danos econômicos causados aos consumidores.

A defesa dos direitos difusos e coletivos na esfera concorrencial, por uma interpretação sistemática, também estaria presente no art. 47 da Lei n.º 12.529/2011, dado a sua finalidade de defesa da coletividade na cessação da prática, com vistas ao restabelecimento da higidez da livre concorrência e, conseqüentemente, no bem-estar do consumidor. Para alguns autores, como Paulo Felipe Carneiro de Freitas¹⁶, em que pese o art. 47 LDC dizer respeito a defesa dos direitos individuais homogêneos, é possível prever, a partir do diálogo dos microssistemas do art. 47 de LDC, da Lei 7.347/85 e do art. 82 do CDC, a possibilidade de aferir o ajuizamento de ação coletiva para defesa pelo Ministério Público também na tutela do direito da coletividade a um ambiente de mercado equilibrado e competitivo, ou seja, os interesses coletivos (lato sensu) de consumidores.

Ademais, para fins da defesa da concorrência, a tutela dos interesses individuais e individuais homogêneos não estaria limitada à reparação de danos, nem a necessária decisão e processo administrativo do Cade. Isto se dá, em razão do caráter difuso da norma, que permite ao legitimado prejudicado pleitear judicialmente a cessação das práticas que constituam infração da ordem econômica.

Um exemplo prática desse entendimento, encontra-se em uma ação civil pública ajuizada pelo MPDFT, a fim obter a condenação judicial das rés (distribuidoras de GLP - gás de cozinha) ao pagamento de dano moral coletivo, por terem praticados diversas e graves ofensas à livre concorrência, afetando diretamente interesses

16 FREITAS, Paulo Felipe Carneiro Tutela coletiva da responsabilidade civil por infração à ordem econômica. 2013.Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em <http://www.teses.usp.br/>, acessado em 07/08/2020.

coletivos (lato sensu) de consumidores, com prejuízos materiais para centenas de milhares de pessoas do DF.¹⁷

Em relação a legitimidade do Ministério Público (Estadual ou Federal) para reparação dos danos em cartéis, o ordenamento jurídico nacional determina que a apuração e as ações judiciais destinadas à reparação de danos que possam ter comprometido interesses coletivos corram junto ao local dos fatos, nos termos do art. 2º da Lei 7.347/85 e do art. 93, I, do CDC. Desta forma, nas hipóteses de os efeitos decorrentes do cartel ficarem unicamente adstritos ao local do dano (cidade ou Estado), sem que haja interesse da União, a atribuição seria do Ministério Público local. Por outro lado, caso o cartel abranja mais de um estado da Federação, maior parte ou todo território nacional ou mercado relevante internacional, a atribuição será do Ministério Público Federal.

3. Elementos estruturantes da tutela coletiva da responsabilidade civil decorrente de cartel pelo Ministério Público

Nesse ponto, torna-se necessário discorrer acerca de alguns aspectos da responsabilidade dos danos coletivos de cartel, mormente no que confere aos debates sobre a sua finalidade, o afastamento progressivo da ideia de culpa, a dificuldade de se aferir a quantificação dos danos materiais, além da intensa discussão sobre a finalidade dos danos morais em tutela coletiva da concorrência. (punitivo e preventivo).

Os danos concorrenciais danos resultantes de cartel – a mais grave infração à ordem econômica – decorre dos ajustes e condutas de agentes econômicos, os quais, valendo-se de certas posições, condições ou estratégias de mercado, visam a obtenção de lucro indevido, a partir da prática de sobrepreço de produtos e serviços, transferência de renda em detrimento dos consumidores, controle de oferta e demanda de produto, em prejuízos econômicos aos

17 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- TJDF - PJE nº 00362111220138070001 .Acórdão 953468, 20130111418800APC, Relator: JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS, Revisor: MARIA IVATÔNIA, 5ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 8/6/2016, publicado no DJE:15/7/2016. Pág.: 262/271)
[https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/decisoes-em-evidencia/13-7-2016-formacao-de-cartel-e-dano-moral-coletivo-distribuidoras-de-gas-no-df.](https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/decisoes-em-evidencia/13-7-2016-formacao-de-cartel-e-dano-moral-coletivo-distribuidoras-de-gas-no-df)

interesses individuais ou coletivos.

Desse modo, as condutas cartelistas emergem graves prejuízos aos diversos setores econômicos da sociedade, especialmente a coletividade de consumidores – parte mais vulnerável dessa relação econômica. Por conseguinte, os danos materiais ou morais gerados pelos atos ilícitos praticados em decorrência da quebra da competitividade de mercado devem ser combatidos, exurgindo o dever de reparação por meio da responsabilização de seus agentes causadores.

A responsabilidade civil encontra-se prevista no art. 927 e art. 186 do CC, a qual pressupõe a incidência dos elementos essenciais – o ato ilícito, o dano, o nexo causal e a culpa, para gerar um dever de indenizar. Deste modo, a responsabilidade subjetiva (regra da norma civilista), pressupõe a conjugação desses fatores para configuração da responsabilização civil. No entanto, a responsabilidade civil decorrente da violação das normas e princípios da ordem econômica, torna o elemento culpa, dispensável para as ações de reparação de cartel, consagrando-se, assim, na doutrina brasileira, a responsabilidade civil objetiva oriunda da prática de cartel, por expressa disposição no art.36 da Lei 12.529/2011.¹⁸

Tal intenção legislativa, encampa uma nova forma de responsabilização, a qual prioriza figura do consumidor como agente ensejador de proteção contra os atos prejudiciais a ordem econômica e social. Ademais, há corrente que fundamenta a responsabilidade objetiva por danos decorrentes de cartel – sem comprovação de dolo ou culpa – diante do fundamento da teoria do risco da atividade administrativa.¹⁹

No que concerne às finalidades dos danos causados por cartéis, os quais possuem dois objetivos comuns e coligados: a reparação dos danos e a prevenção de cartéis. Tal perspectiva, exsurge da necessidade de se demonstrar os objetivos da tutela coletiva em decorrência dos danos concorrenciais, qual seja, a indenização dos

18 Entendemos que responsabilidade civil objetiva decorrente de cartel, em relação aos consumidores (sentido finalístico) é resultante da aplicação dos princípios do microsistemas do CDC, não aplicáveis aos fornecedores e concorrentes lesados, os quais dependem da demonstração de culpa (responsabilidade subjetiva).

19 MAGGI, Bruno Oliveira. O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 147.

danos materiais – potenciais prejuízos econômicos experimentados pelos consumidores pela prática, normalmente evidenciada, no caso de cartéis, pelo sobrepreço auferido pelo consumidor diante da ausência de concorrência (função de reparação)²⁰, bem como o desestímulo a condutas anticoncorrenciais.²¹

Essa posição também é evidenciada em grande parte da jurisprudência²², onde há o reconhecimento da incidência tanto dos danos materiais (ressarcimento econômico pelas perdas e sobrepreços advindos do cartel), como os danos extrapatrimoniais, ligados a ofensa do cartel a coletividade, o bem-estar e a vulnerabilidade do consumidor, etc. Já no que tange a tutela dos individuais homogêneos²³ por danos concorrenciais em decorrência da prática de cartel, estaria ligada ao direito do consumidor lesado na reparação dos danos econômicos causados (função reparatória).

Por sua vez, os ilícitos concorrenciais, principalmente aqueles oriundos da prática de cartel, ocasionam danos ou efeitos

20 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, Disponível em <http://www.teses.usp.br/>, acessado em 10/08/2020. FREITAS, Paulo Felipe Carneiro. Tutela coletiva da responsabilidade civil por infração à ordem econômica. 2013. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio: “Direito da Concorrência e *Enforcement Privado* na Legislação Brasileira” in Revista de Defesa da Concorrência, nº 2, novembro de 2013, p. 17 e 21-22.

21 MAGGI, Bruno Oliveira. “O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil”, São Paulo. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010, disponível em <http://www.teses.usp.br/>, acessado em 07/08/2020, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. disponível em <http://www.teses.usp.br/>, acessado em 10/04-8/2020.. CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro São Paulo, 2016. Disponível em <http://www.teses.usp.br/>, acessado em 10/08/2020.

22 TRF 5º Região, APC nº49854595 (001233456.1999.4.0583. 3ºTURMA. Alberto Gurgel de Faria DJ.22.112012. TJRS APC 70018714857. 3ªCâmara Cível. Rel Paulo de Tarso Viera Sanseverino .DJ 12.07.2007.

23 Para Luiz Carlos Buchain, o Ministério Público só seria legitimado ativo para propositura de ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos de relevância social Assim, nas hipóteses em que há lesão coletiva de direitos individuais homogêneos, de relevante caráter social em larga escala, de afeição de bens e valores jurídicos de interesse da própria sociedade., o que se aplica às hipóteses de danos decorrentes de cartel. BUCHAIN Luiz Carlos. Ação Civil Coletiva e Responsabilidade Civil Concorrencial Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS. 2019.

individuais e coletivos, patrimoniais ou morais, para todos os indivíduos que compõem a cadeia econômica de uma cadeia de produto ou serviços, mas, sobretudo, ao consumidor, parte mais vulnerável dessa relação e foco deste estudo.

Assim, os cartéis geram prejuízos econômicos aos consumidores, diante do sobrepreço (*overcharge*), ou seja, o consumidor adquire um produto mais caro em razão das condutas de cartel, o qual elimina a sua disponibilidade de escolha, bem como na redução da quantidade dos produtos em competição no mercado, gerando peso morto, o qual induz o consumidor a adquirir um produto menos eficientes em razão do preço maior, além, é claro, da diminuição da qualidade e da ausência de incentivo à eficiência e a inovação tecnológica.

Portanto, a perda econômica aos consumidores, materializada pelo dano patrimonial decorre do chamado sobrepreço (preço pago pelo prejudicado da conduta cartelizada e o preço que vigoraria em um cenário hipotético em que o cartel não tivesse existido), a qual pode ser medido com precisão absoluta, apesar de diversas metodologias de aferição, sendo uma tarefa complexa ao consumidor. Dessa forma, a instrumentalização da ação de reparação integral dos danos possibilita a quantificação com base em estimativas baseadas em estudos econômicos.

Na prática, diante da dificuldade de aferir os danos causados pelos cartéis, o Cade lançou algumas propostas que podem facilitar a sua quantificação, dentre elas, a disponibilização de informações pormenorizadas no caso de condenação de cartéis, acerca ao período de duração da conduta, os consumidores potencialmente atingidos e a estimativa dos danos causados realizados.²⁴

Por conseguinte, no âmbito das ações coletivas de reparação ajuizada pelo Ministério Público do DF, tem-se observado o critério de percentagem incidente sobre o faturamento da empresa ou, nos últimos casos observados, foram utilizados como parâmetro estudos econômicos e financeiros realizados pelo Departamento de Estudos Econômicos do Cade.

24 BRASIL. Conselho de Defesa da Ordem Econômica - Cade, Brasília- DF. RESOLUÇÃO Nº 21, DE 11 DE SETEMBRO DE 2018 em /www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-21-de-12-de-setembro-de-2018.pdf/view. Acesso em 21 de setembro de 2020.

O dano extrapatrimonial coletivo na responsabilidade civil concorrencial, diferentemente da função clássica do dano moral – voltada para compensar ou reparar a vítima pela privação ou violação de seus direitos da personalidade – apresenta o rompimento da concepção individualista do dano moral, caracterizadora da responsabilidade civil, para assumir um papel mais social, preocupada com valores de uma determinada coletividade, ou seja, uma sanção de natureza civil por ofensa a direitos coletivos ou difusos.²⁵

O dano extrapatrimonial coletivo fundamenta-se no caráter punitivo, em que o agente causador do dano possui o dever de reparar a ofensa imaterial causado à coletividade (difusa e coletiva) de consumidores²⁶, pelas práticas anticoncorreciais (mácula ao caráter competitivo do mercado, desincentivo a melhoria e qualidade dos produtos, bem-estar do consumidor, etc,) além ao eventual aspecto preventivo, entendido como uma medida de desestímulo, com a finalidade de incitar e coagir o responsável pelo dano a *coletividade* de não mais reincidir em prática de ilícitudes análogas.

Todavia, existem controvérsias doutrinárias e jurisprudencial acerca da natureza jurídica e fixação do dano moral coletivo, proveniente da prática de cartel. Sua função meramente reparatória ou como medida de desestimular condutas anticoncorreciais (*punitive damages*). A função punitiva é reconhecida por parcela da

25 MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de Dano moral coletivo. – 4. ed. ampl., atual. e rev. – São Paulo : LTr, 2014, p. 134.

26 Maria Celina Bodin de Moraes defende a possibilidade da função punitiva para situações de ofensa a direito difuso: “E de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a ratio será a função preventiva -precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido MORAES. Maria Cecília Bodin de .Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro. Renovar, 2003, p. 263.

doutrina, com destaque para Leonardo Roscoe Bessa.²⁷

No entanto, há corrente majoritária na doutrina²⁸, além de uma tendência jurisprudencial²⁹, inclinada a aplicação do dano moral, como forma de desestímulo de condutas de cartel, consistente na valoração adicional ao montante de reparação por danos morais extrapatrimoniais, ou seja, uma retribuição – de caráter punitivo –, levando em conta a gravidade da conduta do ofensor, e a dissuasão, evitando-se que o infrator lucre com a conduta ilícita, enfatizando-se, assim, um caráter dúplice – pedagógico e punitivo as condutas prejudiciais à coletividade.

Por outro lado, há corrente que entende que reparação por danos morais perseguida por meio de tutela coletiva do Ministério Público tem que ser vista com cautela, a fim de se evitar uma eventual sobreposição de atividade punitiva (*in bis in idem*) com as multas aplicadas pelo Cade.³⁰

Todavia, para os que entendem pela inexistência de conduta *in bis idem* entre os recursos provenientes de condenações judiciais para reparação de danos de cartel e a atividade punitiva do Cade, encontra fundamento na natureza jurídica e competência ou

27 BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. In Revista de Direito do Consumidor nº 59/2006; Maria Celina Bodin de Moraes defende a possibilidade da função punitiva para situações de ofensa a direito difuso: “E de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a ratio será a função preventivo -precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido.

28 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v.12, p.55, out./dez. 1994
CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade Civil Concorrencial: A Busca pela Efetiva Reparação de Danos. Rio de Janeiro, 2011. p. 35

29 Estudos realizados nos Tribunais de Justiça da região Sul, no Tribunal de Justiça de São Paulo e no Superior Tribunal de Justiça, mediante consultas jurisprudenciais até 31 de dezembro de 2014, Rafael Peteffi da Silva e Mark Pickersgill Walker, evidenciam uma clara tendência de crescimento da utilização das expressões punitive damages, danos punitivos e indenização punitiva, revelando a vasta acolhida da tese em solo nacional. (SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. Punitive damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Revista Sequência (Florianópolis), n. 74, p. 295-326, dez. 2016).

30 ASELT, Daniel Costa. Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro São Paulo, 2016. Disponível em <http://www.teses.usp.br/>, acessado em 10/08/2020.

atribuição institucional diversas das multas e condenações, ou seja, a multa administrativa possui uma função dissuasória, objetivando desestimular o agente econômico a praticar a conduta, enquanto a condenação judicial apresentará uma função reparatória, com vista a compensar os lesados dos prejuízos causados pela conduta natureza, porquanto as escopos distintos, independentes e cumuláveis.

Ademais, a ação civil pelo Ministério Público, com vista à condenação e reparação por danos causados por cartel, configura conduta abusiva em face da coletividade de consumidores, a qual visa resguardar, de maneira imediata, direitos causados aos consumidores, *v.g.*, resultantes dos prejuízos infração à ordem econômica. Por outro lado, a multa aplicada pela função punitiva do Cade tem natureza distinta, cujo objeto seria infração da ordem econômica e a livre concorrência, não havendo, portanto, que se falar, em *bis in idem*, posto que os subsistemas jurídicos concorrencial e consumerista são distintos e que há uma diversidade de fundamentos para lastrear a tipificação da prática abusiva e da infração da ordem econômica.³¹

Portanto, a condenação pecuniária por danos (materiais e morais) causados por cartel, por meio de ação civil pública de reparação pelo Ministério Público, pode ser considerada uma multiplicidade (complementaridade) de atividade de repressão e reparação de condutas anticompetitivas.

4. Elementos para o fortalecimento das ações coletivas danos de cartel pelo Ministério Público.

Outro ponto relevante que se coloca, diz respeito às medidas para o fortalecimento institucional, integração e a cooperação do Ministério Público com os demais órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), especialmente o Cade, a fim de robustecer a sua atuação no *public enforcement*, garantindo-se maior eficiência e agilidade nas ações coletivas de prevenção e repressão

31 SCHNEIDER Andressa Caroline Do direito da concorrência ao direito à concorrência: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor. Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2016. p. 286.

às práticas de cartel e outras infrações à ordem econômica.

Desta forma, os Acordos de Leniência e TCC podem potencializar os efeitos das ações coletivas pelo Ministério Público, diante da possibilidade de compartilhamento do acervo probatório necessário para o sucesso da pretensão indenizatória dos consumidores lesados, tendo em vista a complexidade e a especificidade técnica desse tipo de prova, o qual normalmente somente pode ser produzida e extraída com análise e *expertise* dos agentes antitruste, além, é claro, da confissão ou disposição de informações detalhadas acerca de fatos relevantes sobre as práticas anticoncorrenciais (comprovação da prática de cartel, dos danos por ele causados e de seu nexo de causalidade), elementos essenciais da responsabilidade civil, aos quais, normalmente, encontram-se somente na esfera de conhecimento daqueles que concorreram para conduta de cartel.

Ademais, a possibilidade da utilização das provas produzidas a partir de leniência antitruste ou de TCCs firmados com o Cade para a propositura de ações de reparação em face de cartéis, entre elas, as ações civis públicas já encontra-se reconhecida pela jurisprudência³², bem como disciplinada pelo Cade na Resolução nº 21/2018.³³

Todavia, o ponto nevrálgico dessa cooperação encontra-se no compartilhamento documental, diante da garantia do sigilo das informações obtidas pela autoridade da concorrência por meio de acordos de leniência, especialmente àqueles que podem figurar no polo passivo em ações de responsabilidade civil. O potencial risco de compartilhamento desmedido de provas, diante do caráter repressivo dos fatos eventualmente revelados, segredos profissionais ou empresariais dos signatários do Acordo de Leniência e os compromissários do TCC, podem ser um fator

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma REsp 1554986 / SP Data 08/03/2016 Ementa PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DEVER DE COLABORAÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ACORDO DE LENIÊNCIA. SIGILO. EXTENSÃO. LIMITES. OPOSIÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVID.

33 BRASIL. Conselho de Defesa da Ordem Econômica -CADE, Brasília- DF. RESOLUÇÃO Nº 21, DE 11 DE SETEMBRO DE 2018. Disponível l<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-21-de-12-de-setembro-de-2018.pdf/view>. Acesso em 21 de setembro de 2020.

desmotivador para que coautores que não cooperaram com as autoridades antitruste, o que pode de certa forma, desprestigiar o *enforcement* público. Portanto, torna-se necessário a busca da equalização entre a proteção do sigilo documentos e informações de Acordos de Leniência e TCC com vistas à manutenção da atratividade dos referidos Programas) e o fomento ao ajuizamento das ações coletivas.

Outro ponto de destaque, exsurge dos acordos de leniência firmados pelo Cade, o qual somente vinculação ao Ministério Público no que tange aos procedimentos penais (art. 87, da Lei nº 12.259/2011), nada dispondo a lei acerca da reparação de dano e demais consequências cíveis sob a tutela do Ministério Público. No entanto, faz-se necessário discutir medidas para o alargamento da responsabilidade civil do signatário do Acordo de Leniência –, nos moldes do direito norte-americano e europeu.

Desta forma, é preciso discutir medidas para incentivo dos acordos de leniência, mas que não prejudiquem o acesso a provas e documentos fundamentais para o desenvolvimento de ações para reparação de danos. Nesse sentido, torna-se importante incentivar ações integradas e coordenadas entre o Ministério Público e o Cade em negociações de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) e de Acordos de Colaboração. A possibilidade da previsão de reparação de danos decorrentes em cartel em acordos de leniência não é prevista na Lei nº 12.529/2011, isto é, a celebração de termos não vincula o signatário do Acordo de Leniência à obrigação de ressarcir eventuais consumidores lesados para sua celebração.

Entretanto, apesar da ausência de previsão legal, nada impede que o Ministério Público, em atuação coordenada com o Cade, a fim de obter uma negociação plena e exauriente sobre os fatos apurados, inclua, nas negociações conjuntas de acordo de leniência, a reparação dos danos coletivos (danos morais), de natureza difusa e coletiva, oriundos das práticas anticoncorrenciais, como restituição parcial da parte incontroversa ou de parcela passível de liquidação adiantada da reparação mínima. Assim, diante celebração do acordo para reparação de danos morais coletivos, a ação de reparação – ação civil pública e/ou ação privada de ressarcimento de danos – movida em face do beneficiário da leniência e demais coautores incidiria e teria objeto apenas a reparação dos danos materiais a serem apurados.

Por outro lado, a atuação cível e criminal do Ministério Público, no que se refere a investigação de cartéis, também pode ser uma fonte de provas e documentos para o ajuizamento de ações coletivas de reparação de danos, inclusive com o compartilhamento de provas apuradas e coletadas no âmbito do próprio Ministério Público (entre promotorias especializadas cíveis, criminais e MP's Estaduais e Federais), ou até mesmo com o próprio Cade, para fins de instauração de procedimentos administrativos de punição de cartel.

Assim, uma nova vertente de persecução de cartel e obtenção de provas pode ser observada, inclusive no âmbito da relação do MPDFT com o Cade. Atualmente, algumas investigações criminais iniciadas pelo Ministério Público são ou foram utilizadas como conjunto probatório para condenações de cartel pelo Cade e vice-versa. Outra tendência, é o compartilhamento simultâneo e atuação operacional conjunta do MP/Cade em investigações criminais, normalmente envolvendo crimes de cartel em licitações e acordos de leniência.

Exemplo desse intercâmbio institucional, tem-se no âmbito do MPDFT/Cade, as condenações pelo Tribunal do Cade, em relação ao cartel em licitação de serviços de informática do Governo do Distrito Federal (CDT Comunicação de Dados, Conecta Tecnologia em Sistemas Computação (atualmente denominada Vertax Redes e Telecomunicações), Netway Datacom Comércio de Sistemas para Informática e Rhox Comunicação de Dados, na qual a produção probatória foi basicamente produzida a partir do encaminhamento de provas e documentos instruídos em investigações criminais do MPDFT.³⁴

Outro caso relevante e atual, diz respeito a “Operação Contêiner” onde foram realizados procedimentos de investigação em conjunta

34 O Cade condenou por anticompetitivas as empresas CDT Comunicação de Dados, Conecta Tecnologia em Sistemas Computação (atualmente denominada Vertax Redes e Telecomunicações), Netway Datacom Comércio de Sistemas para Informática e Rhox Comunicação de Dados, além de seis funcionários ligados a essas companhias. As multas aplicadas somam R\$ 2,2 milhões. O caso teve início em 2012, a partir de informações e documentos coletados por meio de busca e apreensão, judicialmente autorizada, no âmbito da investigação conduzida pela Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (PRODEP/MPDFT). Disponível em <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-empresas-e-pessoas-fisicas-por-cartel-em-licitacoes-de-ti-no-df>. Acesso em dia 10 de setembro de 2020.

(Cade/MPDFT), a fim de apurar cartel em licitações no sistema de saúde pública do DF para entrega de materiais e montagem das Unidades de Pronto Atendimento (UPAs).³⁵

Portanto, constata-se que a cooperação institucional entre o Cade e MPDFT vem fortalecendo a obtenção de provas relevantes e imprescindíveis em casos de cartel no Distrito Federal, mormente diante da sua complexidade e da sensibilidade de sua comprovação, haja vista que a prova da vontade dos agentes na colusão e/ou combinação de preços são de difícil constatação. Desta forma, a produção de provas conjuntas ou em compartilhamento em investigações instauradas (interceptações telefônicas, escutas, busca e apreensão, colaboração dos agentes econômicos e acordo de leniência etc.) estão sendo utilizadas a fim de instruir procedimentos de investigação de cartel, bem como ações de reparação de danos pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

5. Atuações do Ministério Público do Distrito Federal no combate e na reparação de danos decorrentes de cartel no DF.

Na última década, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT tem experimentado avanços significativos no combate a cartéis no Distrito Federal. Essa mudança e fortalecimento da instituição nesta seara, deve-se, dentre outras razões: *i*) pela criação e desenvolvimento de Grupo Especial de Combate aos Crime Organizado, o GAECO/MPDFT, a qual permitiu a inserção do MPDFT no cenário das grandes operações investigativas, de complexidade técnica e estruturação criminosa, onde as repercussões econômicas dos crimes são preponderantes, inclusive em crimes

35 Em outubro de 2019, o MPDFT deflagrou a “Operação Contêiner”, a qual investigou-se as contratações da empresa Metalúrgica Valença Indústria e Comércio Ltda., realizadas pela Secretaria de Saúde do DF para entrega de materiais e montagem das Unidades de Pronto Atendimento (UPAs) e estabelecimentos assemelhados. A investigação foi conduzida pelo GAECO do MPDFT e já reuniu provas que indicam a atuação de servidores públicos na realização de licitações no âmbito da SES/DF em benefício da Metalúrgica Valença e de seu proprietário, o empresário Ronald de Carvalho. A operação contou, ainda com a participação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), que investiga indícios de práticas antieconômicas. Acesso em 10 de setembro de 2020. Disponível em <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2019/10757-mpdft-deflagra-operacao-conteiner-contra-crimes-na-area-da-saude>.

contra a ordem econômica, especialmente àqueles decorrentes de cartéis; ii) a aproximação institucional do MPDFT com o Conselho de Defesa da Ordem Econômica-Cade, com a celebração de termos de cooperação técnica visando o intercâmbio e compartilhamento de informações relevantes no combate a repressão a cartéis.

Por sua vez, outro fator relevante, foi a participação e o engajamento das Promotorias de Defesa do Consumidor do MPDFT no combate a cartéis, por meio do ajuizamento de ações de ressarcimento de danos aos consumidores ou na participação de acordos de colaboração premiada (cooperação com o GAECO/MPDFT), os quais resultaram na condenação ou no pedido de ressarcimento de milhões de reais à sociedade do DF.

Impendente descartar, também, a participação das Promotorias de Defesa do Patrimônio Público e Social, especialmente no combate a cartéis provenientes de licitações públicas, com destaque, no ajuizamento de ação civil pública contra a empresa Siemens S/A em razão da formação de cartel para fraudar licitação para a contratação dos serviços de manutenção do sistema metroviário do Distrito Federal. O pedido de reparação dos danos materiais e morais coletivos foi no valor de quase de R\$ 240 milhões pelos atos ilícitos praticados pela empresa.³⁶

Ademais, a fim de asseverar a importância da atuação conjunta e coordenada entre MPDFT/Cade, passamos destacar, de forma sucinta, os principais casos de cartel no Distrito Federal, nos últimos 10 (dez) anos, na qual a atuação conjunta entre os referidos órgãos foram preponderantes na condenação ou na celebração de acordos para reparação de danos de cartel: a) Cartel dos Combustíveis do

36 N. 0738533-22.2017.8.07.0001 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA “. PJE N.0729093-65.2018.8.07.0001 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL - Adv(s).: DF23608 - SCHERMANN CHRYSTIE MIRANDA E SILVA, SP399765 - GABRIEL VINICIUS CARMONA GONCALVES, SP163267 - JOAQUIM NOGUEIRA PORTO MORAES. Adv(s).: CE27056 - LIVIA HOLANDA REGIS LIMA. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- Jurisdição- Brasília - Fórum Des. Milton Sebastião Barbosa Órgão Julgador 6º Vara de Fazenda Pública do DF. Diário Eletrônico do TJDF (DJE) de 14 de outubro de 2019. Disponível em . Acesso em 30 de agosto de 2020.

DF (Operação Dubai)³⁷, Cartel dos Revendedores de GLP (Operação Júpiter)³⁸ e Cartel do Metrô-DF³⁹.

5.1 Cartel dos Combustíveis do DF (Operação Dubai)

Em 24 de novembro de 2015, o Grupo de Atuação de Combate ao Crime Organizado do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - GAECO/ MPDFT, em conjunto com a Polícia Federal e o Cade realizaram o cumprimento de 42 (quarenta dois) mandados de busca e apreensão em residências e escritórios de pessoas e empresas. O cumprimento dos mandados se deu em Brasília e no Rio de Janeiro (sede de algumas distribuidoras). O material apreendido será compartilhado com o Cade nos termos do Inquérito Administrativo nº 08012.008859/2009-86.

No decorrer das investigações, apurou-se indícios da existência de uma organização criminoso, entre 2011 a 2016, cujos integrantes formavam acordos para fixar artificialmente os preços de combustíveis, principalmente álcool e gasolina, no mercado de revenda do DF, eliminando postos concorrentes, abusando do poder econômico, no mercado do Distrito Federal, por meio de retaliações comerciais a postos de gasolina que não seguissem as ordens para aumentar os preços conjuntamente, fazendo com que o preço do álcool, torna-se inviável nas redes de posto de combustíveis do DF.

As investigações demonstraram que, durante o período de atuação do cartel, o consumidor pagava cerca de 34% mais caro, o

37 Em acordo de celebração processual e Termo de Cessação de Conduta-ICC, assinados conjuntamente pelos dois órgãos, com a empresa Cascol foi realizado o pagamento de cerca de R\$ 148 milhões, sendo, aproximadamente, R\$ 90 milhões ao Cade, a título de multa, e R\$ 58 milhões em decorrência do acordo de colaboração como reparação de danos. O MPDFT requereu, ainda, reparação de danos materiais e morais decorrentes do período em que os consumidores permaneceram sob os efeitos do sobrepreço do cartel, fixados em cerca de R\$ 996 milhões BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Jurisdição-Brasília - Fórum Des. Milton Sebastião Barbosa - Órgão Julgador 1ª Vara Criminal de Brasília. Processo referência 0047902-28.2010.8.07.0001.

38 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- TJDF - PJE nº 00362111220138070001 .Acórdão 953468, 20130111418800APC, Relator: JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS, Revisor: MARIA IVATÔNIA, 5ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 8/6/2016, publicado no DJE:15/7/2016. Pág.: 262/271).

39 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- Jurisdição- Brasília - Fórum Des. Milton Sebastião BarbosaÓrgão Julgador 6º Vara de Fazenda Pública do DF - 0738533-22.2017.8.07.0001.

que representava, em média, um sobrepreço de R\$ 0,22 por litro de gasolina abastecida. O Cade realizou um estudo econômico no ano de 2019, no qual estimou-se, somente com sobrepreço da gasolina, houve um benefício entre R\$ 206 milhões e R\$ 358 milhões para os consumidores do DF, levando em conta o prazo de 1 ano de duração ou continuação do cartel, além de um benefício entre R\$1,24 bilhão e R\$ 2,15 bilhões, considerando o prazo de 6 (seis) anos, em que vigorou o referido cartel do DF.⁴⁰

No curso da investigação, o MPDFT celebrou acordo de colaboração premiada com donos da rede Cascol, líder do mercado local e uma das investigadas pela Operação Dubai. A rede também celebrou Termo de Cessação de Conduta (TCC) com o Cade. Os dois acordos foram negociados conjuntamente, e de forma complementar pelos órgãos, resultando no pagamento de cerca de R\$ 148 milhões, sendo, aproximadamente, R\$ 90 milhões ao Cade, a título de multa, e R\$ 58 milhões em decorrência do acordo de colaboração como reparação de danos.

O MPDFT pediu, ainda, além da condenação criminal dos envolvidos a reparação de danos materiais e morais decorrentes ao período em que os consumidores do deve permaneceram sobre os efeitos do sobrepreço do cartel, de 2011 a 2016, fixados em cerca de R\$ 996 milhões, mais os valores referentes à Rede Cascol já pagos em decorrência do acordo de colaboração premiada.

5.2 Cartel dos Revendedores de GLP (Operação Júpiter)

Em setembro de 2009, o Núcleo de Combate às Organizações Criminosas - NCOC, atual GAECO/MPDFT, a Secretaria de Direito Econômico-SDE do Ministério da Justiça e a Polícia Civil do Distrito Federal, deflagraram a “Operação Júpiter”, a fim de apurar a formação de acordo, visando à fixação artificial dos preços do gás liquefeito de petróleo - GLP entre revendedores do Distrito

40 No trabalho “Mensurando os benefícios de combate a cartéis: o caso do cartel de combustíveis no Distrito Federal”. O Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (DEE/Cade) estimou os impactos positivos da atuação do Cade para os consumidores do DF, após a intervenção da autarquia e desarticulação do cartel. Disponível em http://www.cade.gov.br/acessoinformacao/publicacoesinstitucionais/publicacoesdee/Documentodetrabalho042019Mensurandoosbeneficiosdecombateacartis_ocasodocarteldecombustiveisnoDistritoFederal.pdf. Acesso em 01/09/2020.

Federal, com a fixação arbitrária e uniformemente os preços para a revenda e para o consumidor final. Na ocasião, foram cumpridos 32 (trinta e dois) mandados de busca e apreensão no Distrito Federal e em Goiânia-GO. Dentre eles estão as sedes das distribuidoras de gás Liquigás, Nacional Gás Butano e SHV, além do Sindicato dos Revendedores de Gás GLP - Sindivargas.

No ano de 2009, por meio de interceptação telefônica, o Ministério Público apurou indícios de que revendedores de GLP teriam ajustado preços entre si, com o aumento uniforme de 4,5% do preço do GLP. Ademais, as distribuidoras LIQUIGÁS, NACIONAL GÁS BUTANO e SHV, teriam abusado do poder econômico, eliminando parcialmente a concorrência, promovendo a divisão de clientes entre si, com a divisão dos seus clientes - revendedores - entre si, recusando-se a comercializar botijões de gás com revendedores que eram abastecidos por alguma distribuidora concorrente.

Ademais, com base no encaminhamento da averiguação preliminar nº 08012.006043/2009-37 realizada pelo Cade, e o compartilhamento das gravações das escutas telefônicas realizadas pelo Núcleo de Combate às Organizações Criminosas - NCOC, atual GAECO/MPDFT, a Promotoria de Defesa do Consumidor do MPDFT ajuizou ação civil pública em face da prática de uniformização dos preços de venda e de revenda do gás liquefeito de petróleo - GLP diante da ofensa aos interesses coletivos (lato sensu) dos consumidores face a ausência da livre concorrência no mercado de distribuição e de revenda de gás de cozinha no Distrito Federal, bem como o abuso do poder econômico mediante acordo para a divisão de clientes.

Diante da ofensa a direitos metaindividuais, requereu-se a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais coletivos no valor de 20% (vinte por cento) do lucro líquido auferido por cada uma no ano de 2009, ou, na impossibilidade de sua apuração, em valor fixado pelo juízo a ser revertido ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos.

Ao julgar o caso, o TJDFT entendeu-se que houve ofensa flagrante, intencional e direta a Constituição Federal, ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e à Lei 12.529/11, ao colocar centenas de milhares de consumidores do DF que, por necessidade básica, adquiram botijões de gás por preço - artificial e abusivo - decorrente das práticas anticoncorrenciais indicadas condenando as empresas ao pagamento do valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e

cinquenta mil reais, cada uma, por danos morais coletivos.⁴¹

Após investigação do MPDFT, o Cade obteve o compartilhamento das provas relacionadas às supostas práticas anticompetitivas, incluindo interceptações telefônicas e documentos apreendidos nos escritórios das empresas investigadas, posteriormente, celebrando, com alguma das empresas investigadas, um Termo de Cessação de Conduta – TCC, com pagamento de R\$ 2,3 milhões a título de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD).

5.3 Cartel na licitação para a contratação dos serviços de manutenção do sistema metroviário do Distrito Federal (Cartel do Metrô-DF)⁴²

A Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público do MPDFT ajuizou no ano de 2017 e 2018, duas ações civis públicas contra a empresa Siemens e outras empresas, em razão da formação de cartel para fraudar licitação para a contratação dos serviços de manutenção do sistema metroviário do Distrito Federal. A presente ação decorreu do compartilhamento de provas do cartel do Metrô de SP e do Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-4 do Cade em que foi celebrado Acordo de Leniência nº 01/2013 com as empresas envolvidas. Segundo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios MPDFT, as empresas teriam realizado um acordo anticompetitivo costurado por mais de um ano entre as empresas e membros do Consórcio METRÔ PLANALTOS.

Assim, segundo apurado, as empresas cartelizadas teriam ajustado a divisão do escopo do projeto de Concorrência nº 03/2005

41 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- TJDFT – PJE nº 00362111220138070001 Acórdão 953468, 20130111418800APC, Relator: JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS, Revisor: MARIA IVATÔNIA, 5ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 8/6/2016, publicado no DJE:15/7/2016.1<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/decisoes-em-evidencia/13-7-2016-formacao-de-cartel-e-dano-moral-coletivo-distribuidoras-de-gas-no-df>.

42 Diante da decretação de sigilos da presente ação, os fatos narrados foram extraídos com base do teor da sentença proferida em primeira instância pelo TJDFT, nos autos do PJE N.0729093-65.2018.8.07.0001 – AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- Jurisdição- Brasília – Fórum Des. Milton Sebastião Barbosa Órgão Julgador 6º Vara de Fazenda Pública do DF. Diário Eletrônico do TJDFT (DJE), de 10 de outubro de 2018. Página 618. Disponível em . Acesso em 30 de agosto de 2020.

e o Contrato nº 16/2007 do Metrô-DF, por meio da subcontratação pelo consórcio vencedor de empresas indicadas pelo consórcio perdedor e teriam definido os preços a serem apresentados para cada consórcio na licitação, na faixa de 94,5% a 95% do objeto licitado.

O Ministério Público requereu a condenação da Siemens ao pagamento de R\$ 119.537.045,41 por danos materiais, valor equivalente a 25% do total recebido ao longo de sua participação na execução do Contrato nº 16/2007, em razão do sobrepreço na contratação ocasionado pelo cartel., bem como danos coletivos a sociedade brasiliense, requerendo, também, a condenação em mais 25% do total recebido ao longo do contrato, a título de danos morais coletivos, totalizando R\$ 239.074.090,81.

No julgamento da ação, a 6º Vara de Fazenda Pública do DF entendeu que o dano material sofrido pelo Metrô DF não restou desmontado, uma vez que as provas produzidas, no âmbito do Cade, em que pese aponta para uma provável ocorrência de preços superestimados, não trouxe elementos concretos nesse sentido. Todavia a empresa foi condenada ao pagamento de R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais), a título de indenização por dano moral coletivo diante da infringência de direitos difusos da coletividade do Distrito Federal.⁴³

Por conseguinte, verifica-se, com base na atuação conjunta do MPDFT e Cade, que o estreitamento institucional fortaleceu um ambiente propício para o ajuizamento de ações de reparação de danos morais e materiais pela prática de Cartel. No entanto, um dos maiores desafios enfrentadas nas as ações coletivas de reparação de danos pelo Ministério Público, sempre foi a ausência de parâmetros – dada a complexidade da probatória –, acerca da mensuração da reparação de danos materiais sofridos pelos consumidores pelo cartela, ou seja, a grande maioria das ações coletivas somente buscavam a condenação por danos extrapatrimoniais a coletividade (difusos ou coletivos), sub rogando-se danos materiais, o que afastava as ações coletivas do amplo enfoque reparatório em cartéis,

43 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- Jurisdição- Brasília – Fórum Des. Milton Sebastião Barbosa Órgão Julgador 6º Vara de Fazenda Pública do DF. Diário Eletrônico do TJDF (DJE), de 10 de outubro de 2018. Página 618.. Acesso em 30 de agosto de 2020.

aos quais, muitas vezes, representam a maior parte do prejuízo causado pelos cartéis aos consumidores.

Entretanto, observa-se que, ultimamente, com base na atuação conjunta e no compartilhamento de provas, especialmente decorrentes de acordo de leniência, que as ações civis públicas ajuizadas para reparação de danos em cartel pela MPDFT tem se perseguido a reparação dos danos materiais da prática anticoncorrencial. Isso somente foi possível, devido a mensuração dos danos materiais decorrentes de cartel encontram-se embasadas em estudos econômicos do Cade e pelo acesso a documentos provenientes de acordo de leniência.

Por conseguinte, a tutela coletiva pelo Ministério Público, aliado à *expertise* e a especialização do Cade principalmente na aferição e mensuração de danos materiais de cartel, podem conferir uma nova forma de atuação no *public antitrust enforcement*, mais eficiente e efetiva, sem se descuidar a possibilidade e complementaridade atuação privada também na reparação de danos oriundos de cartel.

Conclusão

O presente estudo almejou demonstrar que a reparação coletiva dos danos decorrentes de cartel exsurge como um novo desafio a tutela coletiva do Ministério Público, tendo em vista a confluência (diálogo) entre direito o consumidor e da concorrência, capaz de potencializar um novo direito fundamental ao consumidor, qual seja, o direito um ambiente de consumo competitivo e saudável que preserve a sua liberdade de escolha.

Desta forma, pretendeu-se destacar o desenvolvimento e aprofundamento da investigação empírica e científica, a fim de demonstrar a importância da atuação coletiva do Ministério Público no *public enforcement*, asseverando-se, a partir do exemplo do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios no combate a cartéis do DF, que a participação do *Parquet* não se reveste apenas na relevância criminal, mas também no seu aspecto civil, por meio da ação civil pública para garantia da preservação do ambiente da livre concorrência, bem como para reparação de danos oriundos do cartel, com vista a repressão e desestímulo às práticas anticoncorreciais em prol da coletividade de consumidores.

Assim, buscou-se, ainda, aferir a importância da interlocução e

o fortalecimento institucional MPDFT e Cade, como um facilitador para o aprimoramento da atribuição do Ministério Público na reparação coletiva de danos decorrentes de cartel. Tal constatação, ficou mais evidente nas condenações judiciais oriundos dos cartéis de combustíveis do DF (Operação Dubai)⁴⁴, dos revendedores de GLP (Operação Júpiter)⁴⁵ e cartel do Metrô-DF⁴⁶, no qual a atuação conjunta dos órgãos, além dos procedimentos de compartilhamento de provas produzidas tanto pelo Cade quanto como pelo próprio MPDFT, serviram para robustecer o conjunto probatório dos procedimentos judiciais, permitindo a condenação de diversos agentes econômicos (pessoas físicas e jurídicas) pela prática de cartéis que transcorreram durante anos no Distrito Federal, bem como o ressarcimento de milhões de reais a coletividade do DF.

Nesse ponto, observa-se que a cooperação entre o MPDFT e o Cade, com o compartilhamento de provas e atuações e investigações em conjunto, tem gerando a maior inserção do *Parquet* em ações de reparação de danos (materiais e morais) de cartéis ocorridos no Distrito Federal, o que demonstra o fortalecimento do Ministério Público, no *public antitrust enforcement*, além do cumprimento da sua missão constitucional em defesa da sociedade, no caso, a coletividade do Distrito Federal, garantindo a sociedade brasileira o acesso a um mercado de consumo competitivo (direitos transindividuais) - que não lhe cerceia o seu direito de escolha e não prejudique o seu bem-estar - , bem como garanta aos seus consumidores por meio da tutela coletiva, a reparação dos danos materiais e morais sofridos em decorrência de cartel (defesa de direitos individuais homogêneos).

44 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios -Jurisdição- Brasília - Fórum Des. Milton Sebastião Barbosa. Órgão Julgador 1ª Vara Criminal de Brasília. Processo referência 0047902-28.2010.8.07.0001.

45 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- TJDF - PJE nº 00362111220138070001 .Acórdão 953468, 20130111418800APC, Relator: JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS, Revisor: MARIA IVATÔNIA, 5ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 8/6/2016, publicado no DJE:15/7/2016. Pág.: 262/271)

46 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- Jurisdição- Brasília - Fórum Des. Milton Sebastião Barbosa Órgão Julgador 1ª Vara Criminal de Brasília. Processo referência 6º Vara de Fazenda Pública do DF - 0738533-22.2017.8.07.0001

Referências

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. In Revista de Direito do Consumidor n° 59/2006;

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v.12, p.55, out./dez. 1994.

BRASIL. Conselho de Defesa da Ordem Econômica -CADE, Brasília-DF. 'Mensurando os benefícios do combate a cartéis: o caso do cartel de combustíveis no Distrito Federal. Acesso 01/09/2020

BRASIL. Conselho de Defesa da Ordem Econômica - CADE, ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA N.º 12/2016- Processo n° 08012.001034/2011-55MPDFT/CADE.Disponível <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/act-cade-mpdft.pdf/view>.

BRASIL. Conselho de Defesa da Ordem Econômica -CADE, Brasília-DF. RESOLUÇÃO N° 21, DE 11 DE SETEMBRO DE 2018.

BRASIL. Conselho de Defesa da Ordem Econômica -CADE, Brasília-DF. Procedimento Administrativo n° 08012.006043/2008-3

BRASIL. Conselho de Defesa da Ordem Econômica -CADE, Brasília-DF. Procedimento Administrativo n° 08012009888/2003-70, julgado em 01 de setembro de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios -Jurisdição- Brasília - Fórum Des. Milton Sebastião Barbosa. Órgão Julgador 1ª Vara Criminal de Brasília. Processo referência 0047902-28.2010.8.07.0001

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- TJDF - PJe n° 00362111220138070001.Acórdão 953468,20130111418800APC, Relator: JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS, Revisor: MARIA IVATÔNIA, 5ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 8/6/2016, publicado no DJE:15/7/2016. Pág.: 262/271)

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- Jurisdição- Brasília - Fórum Des. Milton Sebastião Barbosa Órgão Julgador 1ª Vara Criminal de Brasília. Processo referência 6º Vara

de Fazenda Pública do DF - 0738533-22.2017.8.07.0001.

BRASIL- Tribunal Regional Federal da 5º Região -TRF 5º Região, APC nº49854595 (001233456.1999.4.0583.3ºTURMA. Rel Alberto Gurgel de Faria DJ.22.112012. TJRS APC 70018714857. 3ºCâmara Cível. Rel Paulo de Tarso Vieira Sanseverino .DJ 12.07.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1554986 / SP Data do Julgamento:20/02/2018. Data da Publicação:06/03/2018. Órgão Julgador:T3 - TERCEIRA TURMA. Relator:Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça- STJ - REsp: 677585 RS 2004/0126889-8, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 06/12/2005, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 13.02.2006 p. 679

BUCHAIN Luiz Carlos. Ação Civil Coletiva e Responsabilidade Civil Concorrencial Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS. 2019

CARVALHO. Gilberto de Abreu Sodré. Concorrência e consumidor no âmbito da administração pública: uma relação a ser vista como de tensão no plano dos valores. Revista de Administração Pública, v. 38, n. 4, pp. 643-656, 2004.

CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel. São Paulo: Singular, 2016.

CHACUR, Demetrius Ferreira. Ação Civil Pública para a proteção do mercado e da concorrência. Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha, ano 6 n. jul/dez 2012, pp. 83 - 93, 2012

DUQUE. MARCELO SCHENK Incorporação do Diálogo da Teoria do Diálogo das Fontes à Constituição: Um caminho para a Proteção Jurídico Fundamental do Consumidor . Novas tendências do Direito do Consumidor, de Cláudia Lima Marques e Beate Gsell (orgs.). Revista de Direito do Consumidor. vol. 102. ano 24. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015

FORGINONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2010

FREITAS, Paulo Felipe Carneiro Tutela coletiva da responsabilidade civil por infração à ordem econômica. 2013. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em <http://www.teses.usp.br/>, acessado em 07/08/2020.

MAGGI, Bruno Oliveira. O Cartel e seus Efeitos no Âmbito da Responsabilidade Civil. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010,

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Dano Moral Coletivo. São Paulo: LTr, 2014.

MORAES. Maria Cecília Bodin de .Danos à pessoa humana: uma leitura civil -constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro. Renovar, 2003,.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em <http://www.teses.usp.br>

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. Revista de Direito do Consumidor. n. 49. p. 29-32. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2004.

SANTA CRUZ, Ruy. Cartel na Lei Antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos. In: MATOS, César (coord.). A revolução do antitruste no Brasil – a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Singular, 2003.

SCHNEIDER. Andressa Caroline Do direito da concorrência ao direito à concorrência: o reconhecimento do direito fundamental à concorrência a partir do direito fundamental à defesa do consumidor. Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2016.

SCHNEIDER, Andressa Caroline. A concorrência como instrumento: uma análise em função do princípio da defesa do consumidor. Revista de Direito do Consumidor. vol. 105. ano 25. p. 247-270. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2016.

SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. *Punitive*

damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Revista Sequência (Florianópolis), n. 74, dez. 2016).

A aplicação de medidas de defesa comercial como instrumento para consolidação de práticas anticoncorrenciais

Hearle Vieira Calvão¹

RESUMO

Este Artigo apresenta o debate acerca dos efeitos que a aplicação de uma medida de defesa comercial, notadamente direitos antidumping, podem ter sobre a formação ou a perpetuação de cartéis. A análise foi desenvolvida a partir de estudo multicaso em setores nos quais houve condução de investigação antitruste e de investigação antidumping no Brasil entre os anos de 2012 e 2019.

Palavras-chave: Concorrência; dumping; defesa comercial; cartel; antitruste.

ABSTRACT

This Article presents the debate regarding the effects that the application of a trade defense measure, notably anti-dumping duties, can have on the formation or perpetuation of cartels. The analysis developed from multi-case study in sectors in which antitrust and anti-dumping investigations were conducted in Brazil between the years 2012 and 2019.

Keywords: competition; dumping; trade defense; cartel; antitrust.

Sumário: 1. Da Fundamentação Teórica; 2. Da Metodologia da Pesquisa; 3. Da Análise dos dados; 4. Das considerações finais; Referências bibliográficas.

¹ O autor é Analista de Comércio Exterior, graduado em Engenharia Mecânica pela Universidade de Brasília (Unb) e Pós-graduado em Defesa Comercial pelo IBMEC. Atualmente ocupa a função de Chefe de Divisão da Coordenação-Geral de Antidumping e Medidas Compensatórias da Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público, do Ministério da Economia. E-mail: hearle.calvao@economia.gov.br

1. Introdução

Este Artigo procura identificar de que modo a aplicação de medidas de defesa comercial favoreceu a criação ou a perpetuação de cartéis no Brasil no período de 2012 a 2019.

Apesar de as medidas de defesa comercial e as de proteção da concorrência serem regidas por instrumentos normativos independentes e perseguirem objetivos distintos, a aplicação de uma, como da outra, pode provocar efeitos que reverberam fora de suas respectivas esferas de atuação.

A interação entre as políticas de defesa comercial e de defesa da concorrência foi objeto de estudos, como os realizados nas décadas de 80, 90 e 2000 utilizados neste artigo, os quais apontam que os instrumentos de defesa comercial foram utilizados, em certas ocasiões, para inibir as importações de um ator competitivo e, dessa forma, manter a concentração dos mercados e o nível elevado de preços, favorecendo a perpetuação de cartéis.

As relevantes contribuições dos autores citados neste Artigo contribuíram para aprofundar o debate acerca da interligação entre as políticas de defesa comercial e defesa da concorrência. Contudo, em relação ao Brasil, parece não ter sido realizado um estudo que demonstrasse de que maneira a aplicação de medidas de defesa comercial pudesse ter sido utilizada como instrumento para consolidação de práticas anticoncorrenciais.

Este Artigo apresenta um estudo multicaso no Brasil no qual são abordadas duas situações similares, mas com resultados opostos: a primeira trata de investigação de cartel no setor de sal, que resultou na condenação dos denunciados, produto para o qual também havia uma medida antidumping em vigor; a segunda aborda investigação de cartel internacional no setor de eletrodos de grafite com efeitos no Brasil, produto para o qual também havia medida antidumping em vigor, mas que resultou no arquivamento da denúncia.

As conclusões apresentadas neste Artigo buscam demonstrar de que modo a aplicação de medidas antidumping no Brasil foram relevantes para a formação ou consolidação de práticas anticoncorrenciais no período de 2012 a 2019 e oferecem possível solução para harmonização entre as duas relevantes políticas públicas.

2. Da fundamentação teórica

2.1 Das contribuições de autores relevantes

A interação entre as políticas de defesa da concorrência e de defesa comercial foi objeto de estudos realizados nas décadas de 80, 90 e 2000 que contribuíram para aprofundar o debate e demonstrar de que maneira a aplicação de instrumentos de defesa comercial, notadamente de direitos antidumping, pode influenciar o ambiente concorrencial e contribuir para a formação ou para a manutenção de cartéis.

Paul Messerlin, no artigo *Anti-Dumping Regulations or Pro-Cartel Law? The EC Chemical Cases*², de 1990, analisou investigações antitruste na União Europeia entre 1980 e 1987, e observou que aproximadamente um quarto das investigações analisadas diziam respeito a produtos para os quais também havia uma investigação antidumping. Ele também observou que algumas empresas que foram beneficiadas com direitos antidumping aplicado a seus concorrentes, foram posteriormente condenadas pela prática de cartel.

Robert V. Staiger e Frank A. Wolak, no artigo *Strategic Use of Antidumping Law to Enforce Tacit International Collusion*³, de 1989, questionaram se carteis, nacionais ou internacionais, teriam incentivos para explorar investigações antidumping de modo a favorecer a continuidade da prática ilícita. Os autores concluíram que as petições de investigações antidumping auxiliavam a manter a colusão em períodos de baixa demanda, isso porque os competidores externos não tentariam reduzir seus preços de exportação sob o risco de serem alvo de direito antidumping.

Thomas Prusa, no artigo *Why are so many antidumping petitions withdrawn?*⁴, de 1992, concluiu que empresas domésticas teriam incentivos para apresentar petições de investigações de dumping

2 Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-9701.1990.tb00606.x>, acessado em 27 de setembro de 2020.

3 Disponível em <https://www.nber.org/papers/w3016>, acessado em 25 de setembro de 2020.

4 Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S002219969290047N>, acessado em 29 de setembro de 2020.

de modo a forçar uma empresa estrangeira a aceitar um “acordo privado”, ao que sucederia a retirada da petição da investigação de dumping. Deste modo, o autor defendeu que a retirada de petições de investigações de dumping seria um indício de práticas colusivas entre produtores domésticos e os exportadores estrangeiros.

Richard J Pierce Jr., no artigo *Antidumping Law as a Means of Facilitating Cartelization*, publicado no volume 67 da revista *Antitrust Law Journal*, em 2000⁵, defendeu que na ausência de medidas antidumping seria difícil criar, manter ou garantir a participação de empresas em um cartel de fixação de preços. Deste modo, a redução da oferta de produtos importados concorrentes contribuiria para manter a divisão de mercado e para a manutenção do nível de preços em patamar elevado, contribuindo para o equilíbrio do cartel

Arevik Gnutzmann-Mkrtychyan e Martin Hoffstadt, no artigo *Anti-Dumping and Global Cartels: Coincidence or Interdependency?*⁶, de 2019, analisaram a relação entre carteis internacionais a medidas antidumping por meio da análise de dados obtidos a partir do Global Anti-Dumping Database e o Private International Cartels dataset para o período de 1992 a 2014. Os autores identificaram que, de um total de 61 carteis internacionais, 44 (ou 72%) estavam relacionados com pelo menos uma investigação antiidumping.

Ademais, é possível encontrar estudos de caso, como o “*international price-fixing cartels and developing countries: a discussion of effects and policy remedies*”⁷, elaborado por Margaret Levenstein, Valerie Suslow e Lynda Oswald, que aborda a interação entre cartel e dumping por meio de estudos de caso, como os que envolveram produtos como semicondutores e borracha nitrílica. Nestes estudos as autoras concluíram que as investigações de dumping poderiam ser utilizadas como instrumento para induzir práticas colusivas em um mercado globalizado. Isso porque, nos dois casos, as investigações de dumping teriam sido utilizadas como ferramentas para manter preços elevados em um mercado internacionalmente

5 Disponível em : https://www.jstor.org/stable/40843448?read-now=1&seq=18#page_scan_tab_contents, acessado em 10 de outubro de 2020.

6 Disponível em <https://www.etsg.org/ETSG2018/papers/334.pdf>, acessado em 25/10/2020.

7 Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w9511/w9511.pdf, acessado em 01/11/2020.

cartelizado.

2.2 Das práticas brasileiras sobre defesa da concorrência e de defesa comercial

2.2.1 Das investigações de Defesa Comercial

As medidas de defesa comercial, no formato atual, foram estabelecidas ao final da Rodada Uruguai, que resultou na criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), e são instrumentos resultantes do processo de liberalização comercial, isso porque as reduções tarifárias e não-tarifárias tiveram como contrapeso o estabelecimento de medidas que tivessem como objetivo repelir importações decorrentes de práticas desleais de comércio internacional, , por meio da aplicação de medidas antidumping ou compensatórias, ou que permitissem suspender concessões por período limitado de tempo de modo a permitir o ajuste da indústria doméstica diante de um surto imprevisto de importações., por meio da aplicação de salvaguarda.

Para aplicação de uma medida antidumping se faz necessário que estejam presentes três requisitos: dumping, dano e nexo de causalidade. O Dumping é apurado por meio da comparação entre o preço de exportação e um valor de referência, definido como sendo o valor normal. O Dano diz respeito à deterioração dos indicadores econômico-financeiros da indústria doméstica. O nexo de causalidade estabelece a relação de causa e efeito entre o aumento das importações a preços de dumping e o dano à indústria doméstica. Ademais, se faz necessária avaliação de não atribuição, por meio da qual é analisado se há outros fatores que possam explicar o dano à indústria doméstica, que não às importações a preços de dumping.

2.2.2 Das investigações antitruste

As investigações antitruste remontam ao *Sherman Act*, editado nos Estados Unidos da América em 1890, que visava combater práticas monopolistas de mercado. Esta lei foi complementada em 1914 pelo *Clayton Act* e fortalecida com a criação da *Federal Trade Commission*, a agência antitruste estadunidense. No Brasil, a Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da

Concorrência e tipifica os atos que podem ser considerados como infração à ordem econômica.

Uma conduta é anticompetitiva se tiver objeto lícito, mas possuir potencialidade lesiva; ou se tiver objeto ilícito. Deste modo, uma conduta pode ser considerada anticompetitiva se possuir objeto ilícito, de modo que sua mera existência a torna ilícita já que dela nunca decorreriam efeitos positivos concorrenciais, nestes casos haveria uma presunção de ilegalidade. De modo distinto, quando o que torna uma conduta anticompetitiva são seus potenciais efeitos, a decisão sobre a existência ou não da conduta deve considerar aspectos relacionados à existência de geração de eficiências, racionalidade econômica ou justificativa para a conduta investigada.

2.3 Da comparação entre as políticas de defesa comercial e de defesa da concorrência

As políticas de defesa comercial e defesa da concorrência são regidas por instrumentos normativos independentes e perseguem objetivos distintos. Enquanto as medidas de defesa comercial buscam remediar práticas desleais de comércio internacionais, a segunda combate crimes à ordem econômica.

Quanto aos efeitos, as medidas de defesa comercial resultam em sobretaxas às importações da origem investigadas. Já as medidas antitruste podem resultar na aplicação de multas aos agentes condenados e penas de reclusão.

Ambas as investigações são conduzidas por meio de processos administrativos com observação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Neste sentido, as investigações conduzidas pelo Cade analisariam os efeitos decorrentes da aplicação de medidas de defesa comercial se tais alegações fossem juntadas aos autos do processo. Por outro lado, as investigações de defesa comercial conduzidas pela SDCOM não levariam em consideração aspectos de concorrência dado que os acordos internacionais não preveem esta análise; contudo tais aspectos poderiam ser considerados no âmbito das análises de interesse público, também conduzidas pela SDCOM, de modo que uma decisão sobre aplicação dos instrumentos de defesa comercial poderia considerar, paralelamente, aspectos concorrenciais.

3. Metodologia de pesquisa

3.1 Das bases de dados utilizadas

A metodologia utilizada para avaliar se as medidas de defesa comercial aplicadas no Brasil foram utilizadas como instrumento para favorecer a formação ou a perpetuação de carteis foi o estudo multicaso em setores nos quais foram conduzidas investigações antidumping e investigações antitruste. Os casos foram identificados a partir do cruzamento das bases de dados contendo informações a respeito das investigações conduzidas pelo Cade, do período de 2012 a 2019, e de base de dados contendo as investigações de defesa comercial conduzidas pela SDCOM no mesmo período. Esta metodologia foi inspirada no referido estudo conduzido por Arevik Gnutzmann-Mkrtychyan e Martin Hoffstadt.

Os dados referentes aos processos administrativos julgados pelo Tribunal do Cade no período de 2012 a 2019 foram obtidas por meio dos relatórios divulgados pelo Cade. As informações acerca das medidas de defesa comercial aplicadas ou em vigor no mesmo período foram obtidas a partir dos relatórios anuais divulgados pela SDCOM.

A fim de se identificar as condutas objeto da análise deste Artigo, foram selecionados os processos relacionados exclusivamente a carteis e carteis internacionais. Deste modo, condutas unilaterais não foram objeto da coleta de dados. As medidas de defesa comercial incluídas no cruzamento envolveram tanto investigações originais, como revisões de final de período. Não foram consideradas as investigações sobre salvaguarda, por não terem efeitos limitados no tempo.

Considerou-se, como hipótese, que as medidas de defesa comercial, notadamente as investigações antidumping, poderiam ser utilizadas para excluir atores externos competitivos que poderiam desestabilizar ou inviabilizar um cartel doméstico, posto que a aplicação de uma medida de defesa comercial provoca, em grande medida, a redução, ou até mesmo eliminação da participação de um concorrente relevante no mercado doméstico e seria uma barreira à entrada de novos fornecedores internacionais.

A aplicação de uma medida antidumping, contudo, não é condição suficiente para a formação ou para a perpetuação de carteis. Neste

sentido, seria necessário que houvesse alto índice de concentração de mercado, homogeneidade do produto, transparência de preços; elasticidade da demanda e interações repetidas. Isso porque as atuações coordenadas tendem a ocorrer em mercados com poucos fornecedores, nos quais são comercializados basicamente os mesmos produtos, nos quais os preços praticados pelos concorrentes são conhecidos, seja por meio do contato direto entre concorrentes, ou por meio associações e sindicatos, e em setores nos quais há um volume considerável de vendas que permitam a divisão dos lucros decorrentes da divisão dos mercados.

Nos casos de cartéis internacionais, a aplicação de uma medida antidumping, por ser direcionada a países específicos, poderia contribuir para a manutenção da divisão internacional dos mercados na medida em que agentes externos competitivos poderiam ser excluídos de determinados mercados alvo, favorecendo o equilíbrio do cartel internacional.

3.2 Dos resultados obtidos e dos setores identificados

No período de análise considerado - 2012 a 2019 - foram identificados 110 processos administrativos relacionados a cartéis, sendo 25 deles internacionais e 85 nacionais. No que diz respeito às investigações de defesa comercial, foram conduzidas, no mesmo período, 83 investigações, sendo 79 de dumping e 4 de subsídios.

A comparação entre os peticionários das investigações de defesa comercial e os representados nas investigações antitruste, assim como a comparação entre os produtos que foram objeto das investigações de defesa comercial e os setores e mercados analisados nos processos conduzidos pelo Cade levaram à identificação de 6 processos que tratavam de setores para os quais havia sido aplicada alguma medida de defesa comercial. Estes processos tratavam de: óculos de proteção solar; brinquedos; eletrodos de grafite; ventiladores; sal e embalagens flexíveis (PET).

Na sequência foi comparado o período em que cada investigação havia sido conduzida, sendo descartados aqueles processos para os quais as investigações foram conduzidas em períodos muito distintos, ou que não tratavam exatamente dos mesmos produtos e mercados. Como exemplo, foi descartado o processo referente à óculos, julgado em 2014 pelo Tribunal do Cade, mas que havia sido

objeto de uma medida antidumping aplicada em 2007 e prorrogada em 2013 para armações para óculos. Considerou-se que os casos tratam de mercados distintos, sendo a armação para óculos um insumo utilizado no mercado analisado pelo Cade. De modo similar foi descartado o processo referente às embalagens flexíveis, julgado pelo Tribunal em 2018, mas que havia sido objeto de medidas antidumping aplicadas e prorrogadas desde 2008 até 2015 aplicada para resinas PET, que é um insumo utilizado na fabricação do produto comercializado no mercado analisado pelo Cade.

Ao final, foram identificados dois processos que foram objeto de análise pelo Cade e pela SDCOM e que tratavam do mesmo produto e que foram analisados em períodos próximos o suficiente para que pudessem produzir efeitos relacionados: o primeiro trata do cartel de sal, julgado pelo tribunal do Cade em 2018 e para o qual havia medida antidumping aplicada em 2011 e prorrogada em 2017 aplicada para sal grosso; e o segundo relacionado ao cartel internacional de eletrodos de grafite, julgado pelo tribunal do Cade em 2015, e para o qual havia medida antidumping aplicada em 2009 e prorrogada em 2015 também para eletrodos de grafite.

4. Da análise dos dados

4.1 Das investigações relacionadas ao Sal

4.1.1 Da investigação antitruste

Conforme consta dos autos do processo n.º 08012.001022/2008-25, o cartel de sal foi analisado pelo Cade por meio do processo instaurado *ex officio* em 26 de setembro de 2013. A investigação foi iniciada a partir de averiguação preliminar instaurada em 15 de julho de 2008 após manifestação da empresa Salina Diamante Branco (SDB) protocolada nos autos de uma investigação solicitada pelo Sindicato da Indústria da Extração do Sal no Estado do Rio Grande do Norte (Siesal) e da Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Norte (FIERN), em desfavor da empresa chilena *Sociedad Anónima Empresa Marítima* (Empremar S.A.), destinada à analisar denúncia de subcotação de fretes com os objetivos de falsear a concorrência e dominar mercado relevante de bens e serviços (transporte marítimo de sal a granel), objeto do processo n.º 08012.001022/2008-25

Interessante notar que, a empresa Salinas Diamante Branco (SDB), em manifestação protocolada nos autos da investigação sobre fretes, alegou que:

[...] o mercado brasileiro de sal sempre foi dominado pelas salinas do estado do Rio Grande do Norte, sendo que, a partir de 1995, por questões de política monetária e externa, a concorrência no mercado de sal pelo produto de origem chilena tornou-se viável. Ainda segundo a SDB, os produtores de sal do Rio Grande do Norte estariam adotando estratégias protecionistas e de limitação da concorrência.

Segundo informações constantes nos autos do processo, este teria sido formado a partir da década de 90, contudo as reuniões teriam se tornado mais frequentes a partir de 2000, nas quais seriam estabelecidos os preços de todos os tipos de sal, critérios para a venda CIF e outras condições, sendo ainda prevista a criação de um comitê, com um representante de cada entidade para acompanhar o rigoroso cumprimento de todas as decisões.

A Secretaria de Direito Econômico (SDE) iniciou investigação específica com base nos indícios de cartel no setor salineiro, tendo observado que:

Ao contrário, procuram se focar na adoção de estratégias protecionistas e de limitação da concorrência, noticiando a quem quisesse ouvir que procurariam se organizar para discutir a redução da produção de sal a fim de eliminar a existência de sobreoferta (doc. 05) e, nos últimos tempos, chegam a afirmar que vão propor aos concorrentes chilenos uma composição que garantisse uma cota de importação do sal do Chile."

Observa-se assim uma tentativa do grupo doméstico organizado em torno do sal para restringir a entrada do sal originário do maior concorrente, que seria o sal de origem chilena. Único fornecedor que poderia rivalizar com o cartel estabelecido.

De acordo com a Nota Técnica n.º 002/2012/DEE, haviam sido identificadas condições propícias à formação do cartel no setor de sal, tais como: elevada concentração da oferta nas mãos de seis grandes salineiras; regularidade de vendas de sal *in natura* para a indústria e de sal refinado para o consumo humano; demanda por sal, *in natura* e beneficiado, estável ao longo dos últimos anos; baixo poder de barganha diante de seus principais consumidores; demanda pouco sensível ao preço; produto bastante homogêneo;

empresas importantes com contatos em diferentes mercados; e diversas entidades que facilitam a comunicação e, portanto, a troca de informações sensíveis entre rivais.

Ademais, somente o sal originário do Chile seria competitivo o suficiente para rivalizar com os produtores do Rio Grande no Norte no mercado brasileiro, isso devido à verticalização da produção e da comercialização do sal chileno e devido aos acordos comerciais entre o Mercosul e o Chile que promoveram a isenção do imposto de importação e do Adicional de Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM) nas vendas de sal do Chile para o Brasil.

Com a crescente preocupação dos produtores brasileiros em relação às importações do sal chileno, a SDE apontou que:

“[...] foram encontrados indícios de quebra do acordo e insatisfação por parte de alguns associados que ainda mantinham a palavra, mas estavam perdendo vendas para os associados ou não associados que vendiam sal a preços menores do que os acordados. Vários participantes sugeriram uma maior atuação do Siesal e Simorsal para a manutenção do acordo e providências de punições aos empresários que não estão cumprindo o acordo.[...]”

No mesmo texto observa-se preocupação do grupo em relação às importações do sal chileno:

Nos autos constam diversas as alusões em atas e comunicações que tratam de discussões acerca de “medidas” a serem tomadas pelo grupo contra a entrada do sal chileno no mercado brasileiro abastecido pelo suposto cartel. Como também já afirmado, a Salina Diamante Branco faz parte do mesmo grupo econômico que a empresa Emprepar, de origem chilena. Assim, não obstante dos autos se possa extrair que a Salina Diamante Branco, durante todo o período aqui mencionado, participou dos acordos do suposto cartel, inclusive no que se refere a fixação de preços, verifica-se também que, por vezes, dada sua ligação com o sal chileno, a empresa foi alvo de retaliação/reclamação por parte do grupo, demonstrando, pois, a capacidade de punição que o elevado grau de organização do grupo proporcionava.

Interessante observar ainda como a troca de mensagens eletrônicas apreendidos demonstra a preocupação do grupo em conter o sal chileno:

Email - datado de 02 de maio de 2011 - representante da Refimosal, alerta várias empresas concorrentes (excluindo a Salina Diamante Branco) para a urgência em tomar medidas

para conter o sal chileno.

Nos termos da Nota Técnica nº 002/20, elaborada pelo do Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade, a conduta analisada consistiria em:

[...] um sofisticado cartel, que previa até mesmo mecanismos de monitoramento e punição, de forma a auxiliar na sua operacionalização, contando, inclusive, com os Sindicatos e Associação do segmento como elemento facilitador, com atuação, pelo menos, desde o início da década de 90 até o momento da deflagração das operações de busca e apreensão, em setembro de 2012.

Já o Ministério Público Federal apontou que o cartel atuou no mercado de sal, seja ele moído, refinado, grosso, iodado, entre outros, envolvendo toda a cadeia produtiva, fixando preços de venda do sal e demais condições, como o frete para todos os estados do Brasil, evidenciando-se a atuação conjunta das entidades de extratores, refinadores e moageiros e da entidade nacional dos salineiros.

O processo administrativo foi encerrado em 2018, com a condenação de 8 empresas, 39 pessoas físicas e 3 entidades sindicais por formação de cartel no mercado nacional de sal. Ademais, foram aplicadas multas que totalizaram R\$ 289,5 milhões.

4.1.2 Da investigação de dumping

Durante o período analisado neste Artigo foram realizadas duas investigações de dumping sobre a sal chileno, sendo uma investigação original, concluída em 2012 com homologação de compromisso de preços com o exportador chileno, e uma revisão de final de período, concluída em 2017, com homologação de um novo compromisso de preços.

A investigação original foi iniciada, em 11 de março de 2010, a partir de petição apresentada em 24 de novembro de 2009 pela empresa Salinor – Salinas do Nordeste S. A. O produto objeto da investigação foi definido como sal grosso que não seja destinado ao consumo animal e o período de análise de dumping, compreendeu o período de janeiro a dezembro de 2009.

O processo ressaltou que haviam condições favoráveis ao aumento das importações do sal de origem chilena, dada a abundância das reservas daquele país e a existência de acordos comerciais entre

Chile e Mercosul que facilitavam a importação do produto chileno.

Ao final da investigação foi constatada a prática de dumping nas exportações do Chile para o Brasil de sal grosso que não seja destinado a consumo animal, inclusive humano, a ser utilizado na fabricação dos seguintes produtos, intermediários ou finais: cloro líquido, ácido clorídrico, hipoclorito de sódio, dicloroetano, soda cáustica, clorato de sódio ou carbonato de sódio (barrilha sintética).

O direito antidumping calculado foi equivalente a uma tarifa *ad valorem* equivalente a 35,4%, em base *Cost Insurance and Freight* (CIF), por um período de 5 anos. A aplicação do direito antidumping foi substituída pela homologação de compromisso de preços, que estabeleceu um patamar de preços para exportação do produto chileno, também com vigência de 5 anos. Os preços acordados foram estabelecidos na condição CFR (*Cost and Freight*) de modo a considerar o custo do frete, que representa parcela significativa do preço de venda.

O direito antidumping foi objeto de revisão iniciada em 6 de setembro de 2016 com o objetivo de avaliar se, na hipótese de não prorrogação do direito antidumping, seria provável a retomada do dumping e do dano à indústria doméstica.

No curso da revisão, ao contrário do que aconteceu na investigação original, foram protocolados nos autos informações acerca da investigação antitruste conduzida pelo Cade. Argumentou-se à época que o pedido de proteção apresentado pela indústria doméstica teria por objetivo viabilizar margens abusivas decorrentes de condutas concertadas, o que seria corroborado pela observação de que, durante a vigência da medida antidumping, os preços praticados pela indústria doméstica não teriam se elevado, o que somente poderia ser explicado pela prática de preços de monopólio.

Foi alegado que não restariam dúvidas de que teria ocorrido tentativa concertada de dificultar as importações de sal grosso chileno. Argumentou-se ainda que não se trataria de buscar uma mera neutralização de eventual prática de dumping, mas, sim, a obtenção de um objetivo ilegítimo e escuso: manter os preços da indústria doméstica em patamares elevados, como resultado de “práticas restritivas de comércio”. Por fim, requereu que a análise acerca de eventual renovação dos direitos antidumping levasse em consideração as reais intenções e evidências que levariam para uma

articulação para minar a concorrência no mercado brasileiro de sal grosso.

Por outro lado, a peticionária da investigação de dumping afirmou que o processo conduzido pelo Cade não teria por objeto o mercado de sal químico. Sua instauração teria tido como base a análise genérica do 'sal', tendo como foco o sal refinado destinado a consumo humano. A empresa afirmou que tal processo administrativo não teria relação com o processo de revisão de final de período em curso por não tratar do dano à indústria doméstica ou do interesse público.

A Salinor alegou que não haveria barreiras ao ingresso de novos competidores e acrescentou que no curso da vigência do compromisso de preços, foi iniciada revisão de novo exportador, a pedido de outro produtor chileno, a qual foi encerrada a pedido da própria Compañia Minera Cordillera Chile SCM (CMC). Além disso, a exportadora chilena teria continuado a atender seu único cliente de sal químico no Brasil, a Unipar-Carbocloro, tendo vendido para o Brasil, ao longo do período de investigação, volumes significativos.

A SDCOM ao analisar as manifestações resumidas neste Artigo apontou que, por motivo de atribuições legais de competência, não trataria das alegadas práticas anticoncorrenciais, já que o arcabouço normativo da defesa comercial e o da defesa da concorrência seriam distintos, tendo cada uma foro próprio para tratamento dentro da Administração Pública. A competência da autoridade investigadora de defesa comercial seria limitada ao tratamento dos elementos que fundamentam suas recomendações, em especial no que se refere à prática de dumping, dano e nexo de causalidade.

Ao final da revisão foi publicada a Resolução CAMEX no 74, de 31 de agosto de 2017, firmado novo compromisso de preços. Com a empresa K+S, que se comprometeu exportar para o Brasil o Produto Objeto do Compromisso de Preços a preço na condição CFR não inferior a US\$ 31,47/t (trinta e um dólares estadunidenses e quarenta e sete centavos por tonelada). Para as demais importações originárias do Chile seria aplicado direito antidumping na forma de tarifa *ad valorem* equivalente a 35,4%.

4.1.3 Das conclusões acerca da relação entre as investigações de sal

Inicialmente, importa ressaltar que peticionária da investigação de dumping, a Salinor, foi uma das denunciadas e condenadas pela

atuação no cartel de sal. Considerando que ao longo da instrução realizada pelo Cade foi demonstrado que o cartel atuou desde a década de 1990, com reuniões mais frequentes a partir do ano 2000, as investigações de dumping foram conduzidas durante o período de atuação do cartel.

As preocupações manifestadas pelo cartel em restringir a penetração do sal chileno no mercado brasileiro, foram efetivadas por meio da petição apresentada pela Salinor de aplicação de direitos antidumping às importações do sal grosso originário do Chile. Observa-se que no período que antecedeu a petição, o aumento das importações chilenas provocava redução dos preços e dos volumes de vendas dos produtores domésticos, o que significava que os preços praticados pelo cartel estavam sendo deteriorados, o que ameaçava o equilíbrio e a continuidade do cartel.

Com a conclusão da investigação de defesa comercial, em 2012, e com a homologação de compromisso de preços, as importações chilenas foram disciplinadas e permaneceram em volumes reduzidos e controlados, deixando de ameaçar o equilíbrio do cartel, que continuou suas operações.

À época da revisão de final de período da medida antidumping, a investigação conduzida pela Cade já havia tornado público o modo de atuação do cartel e os fatos foram levados ao conhecimento da autoridade de defesa comercial. Todavia, por se tratarem de investigações independentes, regidas por instrumentos específicos, a existência e a atuação do cartel não teve impactos na recomendação da SDCOM. Isso porque não havia previsão legal que permitisse avaliar a motivação para solicitação da prorrogação do direito antidumping, tão somente poderiam ser avaliados se estavam presentes os elementos que justificariam a prorrogação da medida à luz da probabilidade de retomada do dumping e do dano, conforme previsto no ordenamento jurídico aplicável, o Decreto no 8.058, de 2013.

Contudo, o instrumento de análise de interesse público permite que sejam levados em consideração outros elementos além daqueles previstos na legislação antidumping. Isso porque o objetivo é avaliar os aspectos positivos e negativos da aplicação de uma medida, incluindo seus efeitos sobre as cadeias produção e sobre os consumidores.

Deste modo, ao final da revisão da medida antidumping que

aplicou direito antidumping e homologou novo compromisso de preços com o principal exportador chileno, a empresa K+S, em 2017, foi instaurada avaliação de interesse público que levou em consideração os aspectos concorrenciais apurados pelo Cade. A análise de interesse público culminou com a suspensão do direito antidumping e do compromisso de preços, em 2018. Paralelamente, em 2018, houve condenação pelo Cade dos atores envolvidos no cartel de sal. Em 2020 o direito antidumping e o compromisso de preços foram extintos.

4.2 Das investigações sobre Eletrodos de Grafite

4.2.1 Da investigação antitruste

O cartel internacional de eletrodos de grafite foi objeto do processo administrativo 08012.009264/2002-71, instaurado pela SDE em 25/05/2009. Dentre os representados estavam a Graftech Brasil Ltda., Graftech International Ltd., Mitsubishi Corporation, Tokai Carbon Co. Ltd., SEC Carbon Limited, SGL Carbon SE, Showa Denko K.K., Nippon Carbon Co. Ltd.

De acordo com documentos constantes nos autos do processo em tela, a instauração teve início a partir de documentos produzidos pela autoridade de defesa da concorrência dos EUA sobre os efeitos do cartel internacional nos EUA; de Decisão da Comissão Europeia com Acórdão do Tribunal de Primeira Instância referentes ao cartel internacional de eletrodos de grafite com efeitos nos países integrantes da União Europeia., e de representação da SEAE/MF, na qual foi demonstrado que, no período de 1992 a 1998 diversas empresas brasileiras importaram eletrodos de grafite das representadas e/ou adquiriram esses produtos da Ucar Produtos de Carbono S/A., subsidiária brasileira da maior fabricante mundial de eletrodos de grafite, líder do cartel.

Na Nota Técnica nº 317/2014 da Superintendência-Geral, a atuação do Cartel Internacional de eletrodos de grafite, está descrita como:

Durante cerca de seis anos (entre 21.05.1992 e março de 1998), os principais fabricantes de eletrodos de grafite do mundo coordenaram os preços e dividiram o mercado desse insumo básico para a operação dos fornos elétricos a arco, que são responsáveis por mais de um terço da produção de aço. O cartel internacional de eletrodos de grafite é um dos mais bem

documentados da história, sendo a principal razão o fato de que ele foi investigado e/ou punido em várias jurisdições ao redor do mundo (EUA, Canadá, Comissão Europeia, Coreia do Sul, Japão e Brasil).

A referida Nota Técnica também descreveu que a divisão geográfica do mercado mundial teria sido realizada em três eixos ou ramos: a SGL representava a Europa, a Ucar/Graftech representava os EUA, e finalmente, SDK, Tokai, Nippon e SEC funcionavam como grupo que, em conjunto, representava o Japão”.

Conforme informações que constam no processo, a Representada Graftech Brasil era a única produtora do Eletrodo de grafite com fábrica no Brasil. Assim, ou as empresas adquiriam dela ou importavam o produto.

Segundo a Nota Técnica da SDE:

De maneira a tornar eficaz a fixação de preços em nível mundial, as Representadas Ucar/Graftech, SGL, SDK, SEC, Nippon e Tokai promoveram a divisão geográfica do mercado mundial. A primeira reunião de cúpula do cartel, ocorrida em abril de 1992 em Londres, Inglaterra, já estabelecia essa divisão. Seu objetivo era exatamente o de “congelar” as participações dessas empresas, de maneira a instrumentalizar os aumentos de preços desejados.

A estabilidade do cartel no plano global dependia da manutenção de certo equilíbrio entre esses “ramos”, o que exigia, por sua vez, o monitoramento metuculoso das vendas e Nota-se, portanto, que as Representadas tinham perfeita consciência de que os “frutos da cooperação” abarcavam o mundo todo, e mereciam ser mantidos, nada obstante os riscos de desequilíbrios entre os diversos “ramos”. O vasto horizonte temporal da cooperação entre as empresas revela-se claramente ao trecho “os próximos anos até 2000 serão extremamente importantes e propícios para promover uma nova forma de simbiose em que podemos todos garantir lucros razoáveis”. Isso permite concluir que o cartel obteve um elevado grau de estabilidade, e que as próprias coludentes esperavam que este perdurasse por muito tempo ainda - o que talvez de fato ocorresse, não fosse a interrupção representada pela ação investigatória das autoridades antitruste norte-americana e europeia.

Apreciando essa situação, as autoridades antitruste da União Europeia e do Canadá constataram que empresas integrantes do grupo japonês (composto por Tokai, SDK, SEC e Nippon) do cartel deixaram de comercializar eletrodos de grafite no território de suas respectivas jurisdições. Em ambos os casos, as autoridades interpretaram, corretamente, que essa circunstância não impedia a condenação das empresas, visto que a própria opção por não comercializar em um determinado

país decorria de acordos de divisão de mercado estabelecidos dentro do cartel.

Ainda segundo a Nota Técnica da SDE,:

Todas as autoridades antitruste que investigaram o cartel internacional de eletrodos de grafite ressaltaram o enorme êxito desse cartel em promover aumentos de preços em várias regiões do mundo. Com efeito, durante o período de atuação do cartel, foram constatados reajustes de preços na Ásia, Europa, Estados Unidos, Canadá e Brasil, entre outros países. [...]. O grande sucesso do cartel de eletrodos de grafite em promover aumentos mundo afora é explicável pelos seguintes fatores: As empresas participantes da colusão satisfaziam mais de 80% da demanda mundial, havia elevadas barreiras à entrada e o cartel alcançou níveis invulgares de organização e sofisticação.

Segundo a SDE, teria ocorrido aumento dos preços de eletrodos de grafite praticados pela subsidiária da Graftech no Brasil entre o início de 1993 e o final de 1997, período de vigência do cartel, seguido de um longo período de queda dos preços no período pós-cartel. Essa queda de preços seria esperada, dado que o cartel teria mantido os preços elevados artificialmente por meio da divisão de mercados.

Interessante observar que, segundo a Nota Técnica da SDE, foram realizadas importações significativas para o território brasileiro, provenientes, em sua maior parte, de empresas pertencentes ao cartel. Ainda segundo a mesma fonte, durante todo o período de operação do cartel, as importações de eletrodos provenientes de países em desenvolvimento, como China e Índia, foram muito menos significativas do que as provenientes de países desenvolvidos, onde se situavam as principais instalações produtivas das empresas participantes do cartel como se verá no gráfico seguinte.

Segundo a SDE, o fato de existirem importações expressivas, associado à ocorrência de aumento significativo no preço do produto relevante durante o período de vigência do cartel, corroboram definitivamente a hipótese de que o cartel internacional ocasionou efeitos concretos e não meramente potenciais - no mercado brasileiro.

Os dados constantes dos autos comprovam que Graftech Brasil, única empresa com fábrica no Brasil, participou de vendas ocorridas no território nacional. Os efeitos da participação da Graftech International e da Graftech Brasil apontariam para a elevação

do preço desse produto no território nacional, o que somente foi possível graças à divisão do mercado em nível mundial com as demais empresas representadas.

4.2.2 *Investigação de dumping*

A investigação original foi iniciada a partir de petição apresentada em 17 de abril de 2008 pela Graftech Brasil Ltda., O produto objeto da investigação foi definido como eletrodos de grafite com diâmetros de até 450 mm, usinados ou não usinados, montados ou desmontados e a investigação foi direcionada às importações originárias da China.

Observa-se que a medida antidumping sobre eletrodos de grafite foi aplicada, originalmente em 2009, quase uma década após o fim do cartel, e afetou as importações originárias da China, que não havia participado do cartel internacional.

Ao final da investigação, por ter sido identificada prática de dumping das exportações de eletrodos de grafite originárias da China para o Brasil, de dano à indústria doméstica e nexos de causalidade entre elas, foi publicada a Resolução CAMEX no 19, de 8 de abril de 2009, publicada no D.O.U. de 9 de abril de 2009, com aplicação, por 5 anos, de direito antidumping definitivo na forma de alíquota específica de US\$ 2.259,46/ tonelada

A revisão de final de período foi iniciada em 18 de julho de 2008. O período de investigação de dumping: julho de 2007 a junho de 2008. A análise das importações brasileiras de eletrodos de grafite e dos indicadores de desempenho da indústria doméstica abrangeu o período de julho de 2003 a junho de 2008. O direito foi aplicado em 9 de abril de 2009, com vigência de 5 anos.

O direito antidumping foi prorrogado por meio de revisão iniciada em 7 de abril de 2014. Ao final, por ter sido considerada provável a retomada do dumping e do dano, o direito foi prorrogado por meio da Resolução CAMEX no 5, de 28 de janeiro de 2015, por 5 anos.

A medida antidumping, entretanto, acabou suspensa por interesse público, em 21 de setembro de 2018, por meio da Resolução CAMEX no 66, de 2018. Considerou-se que os ganhos do setor beneficiado com a medida antidumping seriam inferiores às perdas causadas aos consumidores do produto objeto. Foram apontadas ainda a inadequação do escopo da investigação, a elevada proteção

tarifária e a elevada probabilidade de exercício unilateral de poder de mercado por parte do único produtor nacional. Como se observa, não houve qualquer menção à atuação do cartel internacional no passado. Em 20 de setembro de 2019 o direito antidumping foi extinto.

4.2.3 Conclusão a respeito de ambas as investigações

Inicialmente importa ressaltar que a investigação de defesa comercial foi solicitada pela Graphitec Brasil, uma das empresas representadas no Cade. Contudo, observa-se que os processos não teriam relação entre si. Isso porque a investigação que culminou com direito antidumping aplicado às importações originárias da China foi iniciada quase uma década após a fim do período de atuação do cartel internacional.

Caso a petição tivesse sido apresentada durante o período de atuação do cartel, se poderia avaliar se a petição apresentada pela Graphitec teria por objetivo excluir do mercado brasileiro um agente competitivo que não participaria do cartel internacional e, portanto, estaria afetando negativamente a divisão internacional de mercados estabelecidas pelo cartel internacional. Contudo a diferença temporal identificada entre a investigação de dumping e o período de atuação de cartel não permite que seja feita tal inferência.

De outra forma, tendo em conta a divisão internacional e os efeitos que o cartel provocou no Brasil, apontados pela SDE, é possível supor que a ausência de petições que tivessem por objetivo restringir a oferta de eletrodos de grafite originários dos EUA e da União Europeia, fossem na realidade, um indício de aderência ao cartel.

Interessante observar que o surgimento de agentes externos que não atuavam no cartel, notadamente empresas indianas e chinesas, afetou a dinâmica do cartel e provocou reações para frear o avanço destes concorrentes no mercado internacional.

A ausência de petições de investigações de dumping durante a vigência do cartel poderia ser entendida como um indício da participação da produtora nacional, relacionada à empresa norte-americana atuante no cartel. Isso porque, ainda que as importações fossem realizadas em volumes significativos e eventualmente a preços de dumping, em decorrência da divisão internacional

de mercados, não poderiam haver tentativa de restringir tais importações.

Interessante observar ainda que o setor de eletrodos de grafite consiste em um mercado concentrado, com poucos fornecedores internacionais, que comercializam produto homogêneo e essencial, dada a importância que as empresas siderúrgicas exercem sobre as cadeias produtivas nacionais e internacionais. Tais condições favoreceriam, como de fato favoreceram, a formação de um cartel internacional.

No caso não houve participação de um sindicato ou associação, sobretudo devido ao caráter internacional do mercado de eletrodos de grafite. Não obstante, as empresas atuaram diretamente para dividir o mercado internacional.

Ainda que não tenha sido observado efeito relacionado entre as investigações antitruste e antidumping no Brasil, cabe apontar que, no plano internacional, houve, potencialmente, utilização de medida antidumping como forma de estabilização do cartel internacional. Como pode ser observado na obra *international price-fixing cartels and developing countries: a discussion of effects and policy remedies*, as empresas em conluio no cartel internacional de eletrodos de grafite teriam adotado estratégia agressiva de vendas para o mercado indiano na tentativa de enfraquecer a produtora daquele país e retirá-la do mercado internacional. A aplicação da medida antidumping pela Índia, em 1996, dentro do período de atuação do cartel, contra as importações originárias dos EUA, da União Europeia e da China sustenta esta possibilidade.

Tendo em conta que se tratava de cartel internacional com efeitos no Brasil e que a única produtora nacional era relacionada à produtora estadunidense atuante no cartel, é possível assumir que as importações de eletrodos de grafite realizadas pelo Brasil tenham ocorrido no âmbito da divisão do mercado internacional, de modo que não haveria motivação para que fosse apresentada qualquer petição de defesa comercial naquele período, sobretudo porque não havia importações de outras origens em quantidades suficientes para justificar uma investigação de dumping.

Neste sentido, a investigação de dumping conduzida no Brasil em relação às importações de eletrodos de grafite originárias da China está relacionada ao período pós-cartel, no qual as empresas indianas e chinesas conseguiram aumentar sua participação do

mercado mundial, inclusive no mercado brasileiro.

O direito antidumping terminou por ser extinto, em 20 de setembro de 2019, e a investigação antitruste arquivada, em 14 de outubro de 2015, sem condenação das partes Representadas, pela ocorrência de prescrição intercorrente do caso.

Das considerações finais

A partir do estudo multicaso realizado neste Artigo é possível concluir que as investigações de defesa comercial, sobretudo as investigações de dumping, podem ser utilizadas como instrumento para formação ou para perpetuação de um cartel.

A elevação artificial dos preços de exportação de um agente externo, por meio da aplicação de uma medida antidumping, resulta na redução ou exclusão da participação deste agente no mercado do país importador, retirando assim o agente que poderia rivalizar com o cartel. Isso garante ao cartel a manutenção de preços elevados em detrimento dos consumidores e da eficiência dos recursos econômicos.

Contudo, a utilização do instrumento de defesa comercial somente se mostrou factível nos setores nos quais são comercializados produtos homogêneos, como sal e eletrodos de grafite, e com poucos fornecedores.

Ressalte que, dentre as 110 investigações antitruste conduzidas pelo Cade no período de 2012 a 2019, apenas 2 apresentaram indícios de que pudessem estar relacionadas com investigações antidumping. Contudo, observou-se que durante o período analisado, somente 1 investigação antidumping foi efetivamente utilizada como instrumento para manutenção e perpetuação de cartéis, que foi aquela relacionada ao setor de sal marinho.

As análises dos resultados coletados para este Artigo permitem apontar para a necessidade de coordenação entre as políticas de defesa comercial e de defesa da concorrência. Contudo, observou-se que ambas as políticas possuem objetivos específicos e são regidas por marcos regulatórios estruturados que garantem a eficiência na aplicação de cada instrumento de modo independente. Neste sentido, o equilíbrio necessário entre as duas políticas públicas passa pela continuidade das análises de interesse público de modo paralelo às investigações de defesa comercial, o que permitiria

evitar a utilização deturpada dos instrumentos de defesa comercial.

Referências bibliográficas

MESSERLIN, P. A. (1990). Anti-Dumping Regulations or Pro-Cartel Law? The EC Chemical Cases. *The World Economy*, 13(4):465-492.

STAIGER, R. W. and WOLAK, F. A. (1989). Strategic use of antidumping law to enforce tacit international collusion. Technical report, National Bureau of Economic Research.

PRUSA, T. J. (1992). Why are so many antidumping petitions withdrawn? *Journal of International Economics*, 33(1-2):1-20

PIERCE Jr, Richard J., Antidumping Law as a Means of Facilitating Cartelization, *Antitrust Law Journal*, 2000.

GNUTZMANN-MKRTCHYAN, Arevik e HOFFSTADT, Martin. Use and Abuse of Antidumping by Global Cartels (2019).

MOTTA, Massimo. Competition policy: theory and practice. Cambridge, 2004.

ARAÚJO. José Tavares Jr, Legal and economic interfaces between antidumping and competition policy. CEPAL. Division of International Trade

RAGE. Paulo Henrique Teixeira. A defesa comercial e a proteção da concorrência no comércio internacional. Universidade Federal de Minas Gerais

LEVENSTEIN, Margaret, SUSLOW, Valerie e OSWALD, Lynda "international price-fixing cartels and developing countries: a discussion of effects and policy remedies

LEVENSTEIN, Margaret, SUSLOW, Valerie e OSWALD, Lynda "international price-fixing cartels and developing countries: a discussion of effects and policy remedies"

Prescrição intercorrente e o direito concorrencial – atos interruptivos e publicidade processual, um estudo de caso

Mauricio Oscar Bandeira Maia¹
Polyanna Ferreira Silva Vilanova²

RESUMO

O direito antitruste tutela a ordem econômica e o interesse difuso da sociedade. A complexidade que envolve ilícitos tipificados também no âmbito criminal requer cuidado redobrado em relação à cessação prematura ou indesejada da persecução administrativa sancionadora. Em recente julgamento do Tribunal do Cade, o colegiado se debruçou sobre tema antigo e sempre muito instigante: a prescrição intercorrente. Questionamento da maior relevância se impõe nessa seara: qual ato é capaz de provocar a interrupção da prescrição intercorrente quando da apuração de infração em investigação, nos termos do § 1º do art. 46 da Lei nº 12.529, de 2011. E mais, uma vez instaurada a relação processual, esse ato deve ser publicizado para que possa produzir seus efeitos interruptivos?

Palavras-chave: antitruste; ilícito concorrencial; prescrição intercorrente; prazo; publicização.

ABSTRACT

Antitrust law protects the economic order and the diffuse interest of society. The complexity that involves illicit activities that are also classified in the criminal sphere requires extra care in relation to the premature or unwanted cessation of the sanctioning administrative pursuit. In a recent judgment by the CADE Tribunal, the collegiate

1 Conselheiro do Cade. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP.
E-mail: mauricio.maia@cade.gov.br

2 Ex Conselheira do Cade. Doutoranda em Ciência Política pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP, sócia do Figueiredo & Velloso Advogados Associados. E-mail: polyanna@figueiredoavelloso.com.br

focused on an old and always very exciting topic: intercurrent prescription. Questioning of the greatest relevance is necessary in this area: which act is capable of causing the interruption of the intercurrent prescription when investigating the infraction under investigation, in the terms of § 1 of article 46 of Law n. 12.529/11. Furthermore, once the procedural relationship is established, should this act be publicized so that it can produce its interrupting effects?

Keywords: Antitrust; Competitive illicit; Intercurrent prescription; Term. Publication.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *O caso concreto*; 3. *Atos interruptivos*; 4. *Publicização*; 5. *Actio Nata*; *Conclusões*; *Referências*.

1. Introdução

A lei antitruste tutela a ordem econômica e o interesse difuso da sociedade, especialmente por meio dos chamados controles de estruturas e de condutas. De seu turno, a complexidade que envolve os ilícitos concorrenciais, especialmente aqueles praticados às escuras, como é o caso do cartel, requer cuidado em relação à cessação prematura e indesejada da persecução administrativa sancionadora. Se a Administração não adota providência à sua apuração e à subsequente responsabilização, a sua inércia gera a perda do seu *ius persequendi*, dando origem à prescrição extintiva.³

O Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade intersubjetiva ou mesmo intergrupala. Não pode descambar para o temporalmente infundável, e a própria Constituição de 1988 dá conta de institutos que têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria

3 De acordo com Luiz da Câmara Leal, a prescrição tem por objetivo o “*interesse público, a estabilização do direito e o castigo à negligência*”. CÂMARA LEAL, Antonio Luiz. Da prescrição e da decadência. Editora Forense, 2017, p. 16.

razão de ser.⁴ A prescrição extintiva⁵ surge na esfera administrativa com esse propósito, de não gerar persecuções duradouras ou quase eternas, daí porque deve-se prever a extinção da pretensão jurídica não exercida por determinado lapso de tempo, ante a inércia estatal.

Portanto, os objetivos imediatos do instituto da prescrição podem ser sintetizados na pacificação das interrelações e no asseguramento da estabilidade (impossibilidade de modificação arbitrária das decisões estatais) e previsibilidade do direito (calculabilidade dos efeitos jurídicos dos atos normativos). Há ainda corrente significativa de juristas e doutrinadores que defende como finalidade principal da prescrição o castigo à negligência, baseando-se no brocardo segundo o qual o direito não socorre aos que dormem (*dormientibus non succurrit ius*). Tal controvérsia, contudo, não tem implicações práticas na presente análise, razão pela qual tanto os objetivos de pacificação social e de segurança jurídica, quanto aqueles de se punir a desídia e negligência, são compatíveis com o exame a ser desenvolvido neste trabalho.

A propósito, em recente julgamento do Tribunal do Cade⁶, o colegiado se debruçou sobre tema antigo e sempre muito instigante: a prescrição intercorrente. Atualmente está disciplinada no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.873/1999, nos termos seguintes:

“§ 1o Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.”

E o debate acima mencionado se deu em torno do que poderia ser considerado ato capaz de provocar a interrupção do prazo prescricional quando da apuração de infração em investigação, nos termos do § 1º do art. 46 da Lei nº 12.529, de 2011:

“§ 1º Interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração da infração contra a ordem econômica mencionada no caput deste artigo (...).”

4 2 V. STF, MS nº 24. 958/DF e nº 24.859/DF.

5 Em contraposição à prescrição aquisitiva, da qual é exemplo o usucapião.

6 Sessão de. Julgamento de 12.8.2020 (Processo Administrativo nº 08012.009581/2010-06).

E mais. Nos termos do art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.873/99, a prescrição da ação punitiva é interrompida por qualquer ato inequívoco que importe apuração do fato (prestigiando a finalidade da atuação do Estado na apuração e repressão dos ilícitos administrativos). Referido artigo disciplinou os atos interruptivos da prescrição antes previstos no art. 28, § 1º, da Lei 8.884/1994, além de inserir novas situações de interrupção do prazo prescricional.

Feitas essas breves ponderações conceituais, o presente artigo se propõe a analisar a discussão sobre prescrição intercorrente na investigação do Cade que teve por objetivo a apuração de possível ocorrência de cartel com efeitos no Brasil no mercado de metionina entre fevereiro de 1986 e fevereiro 1999, conduta que, à época, encontrava-se tipificada nos artigos 20, incisos I, II e IV, e 21, incisos I, II e III, da Lei nº 8.884/94, correspondentes ao artigo 36, incisos I, II e IV e § 3º, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c” e inciso III, da Lei nº 12.529/2011.

2. O caso concreto

Em apertada síntese, no âmbito do processo referente ao Cartel internacional de metionina⁷, a Superintendência Geral do Cadediligenciou a Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB) por meio do Ofício nº 4779/2015/Cade (novembro/2015), solicitando informações para a continuidade da instrução do processo administrativo sancionador. A resposta, de seu turno, foi encaminhada em 23 de fevereiro de 2016, contudo, somente veio a ser pensada em autos restritos, sem acesso às partes, pouco antes de transcorridos 3 (três) anos do ofício de solicitação de informações.

A partir desse contexto fático, questiona-se se essa a resposta da Receita Federal constitui uma decorrência natural do encaminhamento do ofício pela Superintendência Geral do Cade e consistiu em simples ato burocrático ou se tal documento teria como motivação a apuração da infração de uma conduta em investigação,

7 A metionina é um dos mais importantes aminoácidos. Os aminoácidos são moléculas orgânicas que formam proteínas, um dos componentes de base dos alimentos para consumo humano e animal. Existem mais de 20 aminoácidos que participam na formação das proteínas. A metionina é um aminoácido sulfurado essencial e aparece como primeiro limitante em rações de diversas espécies. (Vide Nota Técnica n. 10/2019 da Superintendência-Geral do CADE no PA 08012.009581/2010-06).

sendo apto, assim, de interromper a prescrição?

Em outras palavras, o ato investigativo capaz de interromper a marcha prescricional é aquele referente ao ofício da SG, que de fato buscou as informações para instruir o feito sob sua responsabilidade, ou também a juntada da resposta da Receita pode ser entendida como tal? Ainda nesse mesmo cenário, outra indagação pertinente se impõe: uma vez estabelecida a relação jurídica processual, com a formalização de um polo passivo nos autos de um processo administrativo, a juntada desse documento proveniente da Receita Federal em autos restritos, caso venha a ser entendido o ato como de caráter investigativo, seria capaz de interromper a prescrição para as partes que dele não tiverem ciência dentro do lapso de 3 (três) anos da prescrição intercorrente? Demais disso, cabe verificar se a teoria da *actio nata* tem impactos nessa análise e quais seriam esses impactos.

Partindo-se da compreensão já exposta acima acerca do tema da prescrição, pode-se definir a prescrição intercorrente, sem maiores pretensões acadêmicas, como aquela que ocorre com o processo em curso, ou seja, de natureza intra ou endoprocessual, em face de sua paralisação injustificada por determinado lapso de tempo, a qual denotaria a inatividade da Administração em conduzir diligentemente a investigação para o seu fim natural (decisão de mérito), tendo como efeitos a impossibilidade de continuidade do processo sancionador, impondo-se o seu necessário arquivamento.

Por sua vez, a controvérsia do caso a ser analisado no presente artigo, como já descrita anteriormente, gira em torno das causas de interrupção da prescrição, mais precisamente de um ato específico, qual seja, o recebimento e juntada de documento enviado pela Receita Federal, e se tal ato deve ser considerado para afastar a ocorrência da prescrição intercorrente ou, contrariamente, se não teria esse condão. Isso porque, na hipótese ora cogitada, transcorreram aproximadamente três anos e dois meses antes da prolação de um novo despacho que deu andamento efetivo aos autos do processo administrativo sancionador em curso no Cade, sendo que a paralisação por mais de 3 anos já seria suficiente para acarretar a prescrição intercorrente.

Nessa toada, diante das causas interruptivas previstas tanto na Lei nº 9.873/1999 quanto na Lei nº 12.529/2011, cujas fórmulas gerais inclusive revelam espírito semelhante, faz-se necessário

perscrutar a definição jurídica da expressão aberta “ato (...) que importe a apuração do fato”, prevista no art. 2º da Lei 9.783/1999, bem assim da expressão “(...) ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração da infração contra a ordem econômica (...)”, nos termos do § 3º do art. 46 da Lei 12.529/2011.

3. Atos interruptivos

Vê-se que o objeto “apuração do fato ou da infração” é colocado como materialmente imprescindível para que o ato possa ser considerado interruptivo da prescrição intercorrente. Não é qualquer ato estatal que pode interromper o curso prescricional, devendo tal ato se revestir de um conteúdo mínimo, tal qual descrito na lei, vocacionado a apurar o fato ou a infração.

Por consequência, a primeira questão a ser enfrentada seria a seguinte: a amplitude do conceito referente ao ato que importe apuração do fato infracional é abrangente o bastante para incluir a juntada de documentos ao processo, ou, em linha diversa, não ostenta, este ato simples de impulso procedimental, comando suficientemente instrutório ou o mencionado caráter apuratório requerido pela lei?⁸

Para a Conselheira Relatora Paula de Azevedo, independentemente do teor do documento oriundo da Receita Federal, a sua juntada aos autos consubstanciou mera decorrência natural do encaminhamento do ofício pela Superintendência-Geral àquele órgão, requerendo informações, sem que o ato de juntada em si detenha essa motivação de apuração. Ao contrário, a juntada consistiria em ato meramente burocrático, sem intuito apuratório, daí porque não interromperia a prescrição na visão da Relatora.

De maneira semelhante, o Conselheiro Sergio Ravagnani entendeu que a juntada do ofício mencionado não poderia ser qualificada como ato administrativo interruptivo da prescrição, por faltar-lhe objeto capaz de produzir os efeitos jurídicos cogitados nos normativos supra. Em outras palavras, a mera juntada de ofício não teria em seu conteúdo o caráter apuratório do fato investigado, falecendo-lhe intrínseca e materialmente o elemento necessário

8 Cf., parecer do MPF nos autos do P.A. 08012.009581/2010-06

para interromper a prescrição, qual seja, o intuito de apurar o fato previsto na lei como interruptivo da marcha prescricional.

Como se nota, a decisão orbitou em torno do conteúdo do ato de juntada documental, independentemente do teor das informações nele contidas, uma vez que a apuração não se daria com a mera juntada e tampouco com o teor das informações efetivamente colhidas, mas com os atos praticados pelo Estado persecutor com vistas a produzir as informações requeridas.

Outrossim, em sintonia com a profunda análise constante do parecer do Ministério Público nos autos do aludido cartel da metionina, percebe-se ser preciso recorrer à Teoria Geral do Processo, a fim de se definir e diferenciar institutos processuais, como são os atos ordinatórios, despachos e decisões, divisando-os entre si, sem prejuízo de se socorrer do empréstimo doutrinário e teórico de outros ramos.⁹

E nesse mister, a conjugação dos ditames legais (leis 9.873/99, 9.784/99 e 12.529/11) confirma a necessidade de maior aprofundamento e complementariedade a outros institutos, como o Código de Processo Civil e a própria Teoria Geral do Processo. Vejamos o que diz o art. 203 do CPC, *in verbis*:

Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

§ 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.

§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.

Como se observa, os despachos integram o conjunto mais amplo, podendo ser identificados residualmente pelos pronunciamentos e têm como regra a ausência de caráter decisório. Já os atos meramente ordinatórios são pronunciamentos não exclusivos do juiz. Pode-se inclusive afirmar que são atos de menor relevância sob a ótica da

⁹ Cf., parecer do MPF nos autos do P.A. 08012.009581/2010-06

segurança processual, os quais visam o atendimento do princípio da eficiência por meio do necessário impulso processual praticado ordinariamente por serventuários da Justiça.

Como bem desenvolvido pela Subprocuradora-Geral da República Dra. Samantha Chantal Dobrowolski, utilizando-se do escólio de Marcelo Alves Dias de Souza¹⁰:

*“A principal diferença entre as duas espécies divisórias, despacho e ato ordinatório, diz respeito à qualidade do seu conteúdo. Ainda que não decida, diretamente, um incidente processual, o despacho sempre possuirá algum resquício decisório mínimo, remanescente. **Atos ordinatórios, por outro lado, realmente não atendem a esta característica, sendo eminentemente irrecorríveis.** Para ilustrar a diferença, o autor cita os despachos de citação. Na sua visão, estes atos repercutem diretamente na esfera de direitos do demandando, fator que evidenciaria claramente a existência de um mínimo de discricionariedade. **Os atos ordinatórios, diversamente, não conferem ao agente público qualquer espaço para interpretações, escolhas ou deliberações. Exemplo disto, justamente, é a juntada:** após receber informações solicitadas ou petições de advogados, o agente responsável deverá, necessariamente, incluí-las no processo, inexistindo, quanto a esta medida, qualquer margem de discricionariedade.”¹¹*

Logo, é possível afirmar que os atos ordinatórios não podem ser considerados como meios efetivos para a condução da instrução processual. E veja-se, a mera juntada de documentos ao processo tampouco pode ser vista como algo além de um ato meramente ordinatório, pois visam ao mero impulso processual dos autos e não contêm qualquer juízo de valor ou conteúdo decisório.

Diga-se de passagem, esse entendimento é amplamente sufragado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, conforme julgado da lavra do Ministro do Supremo Tribunal Federal, então Desembargador Federal Kassio Nunes Marques ao reconhecer a prescrição intercorrente em procedimento administrativo ambiental, também sob o rito da Lei nº 9.873/1999, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. PRELIMINAR

10 Cf., parecer do MPF nos autos do P.A. 08012.009581/2010-06.

11 Cf., parecer do MPF nos autos do P.A. 08012.009581/2010-06

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO JUDICIAL. REJEITADA. INFRAÇÃO AMBIENTAL. IBAMA. PARALISAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRAZO PRESCRICIONAL. LEI 9.873/99. AUSÊNCIA DE CAUSA INTERRUPTIVA. ÔNUS DA ADMINISTRAÇÃO. MANUTENÇÃO DO MÉRITO DA SENTENÇA. DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE TRIENAL. CABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS A DPU. PROVIMENTO DO APELO. (...) 3. Se o processo administrativo relativo a apuração das infrações ambientais quedou-se paralisado por interregno superior a três anos, deve ser reconhecida a prescrição na forma intercorrente, independentemente do motivo da inércia estatal. (...) 5 . **O despacho de mero expediente, que sequer impulsiona efetivamente o processo durante seu trâmite na esfera administrativa, não configura causa interruptiva do prazo prescricional, eis que a norma legal exige a prática de ato inequívoco que importe apuração do fato ilícito.** Precedentes. (...)” (AC nº 0004793-12.2015.4.01.3000, TRF 1ª Região, 6ª Turma, Relator: Des. Fed. Kassio Nunes Marques, Data de publicação: 09.03.2018)

Em precedente ainda mais recente, a Desembargadora Daniele Maranhão Costa alerta para essa peculiaridade por nós descrita, de que não é qualquer ato que é apto a interromper a prescrição, devendo ele se revestir de cunho apuratório, sob pena de caracterizar a desídia da Administração e de se impor o arquivamento do processo. Nesse sentido, veja-se:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. MULTA. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ART. 1º, §1º, DA LEI 9.873/99. ART. 21, §2º, DO DECRETO 6.518/2008. DECURSO DE PRAZO SUPERIOR A CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. AUSÊNCIA DE CAUSA INTERRUPTIVA. LEVANTAMENTO DO EMBARGO. DEMORA EXCESSIVA NA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. (...) 3. Consoante interpretação permitida pelas causas interruptivas trazidas pelo art. 2º da Lei nº 9.873/99, **não é qualquer ato/despacho que tem como consequência interromper o prazo prescricional, sendo imprescindível que seja revestido de cunho instrutório, direcionado à ‘apuração do fato’ (II).** 4. Hipótese em que, entre a apresentação de parecer instrutório e a última movimentação do processo para julgamento em primeira instância, não houve nenhum marco interruptivo do prazo prescricional. **Desconstituído o caráter instrutório dos despachos inseridos nos processos administrativos, por quanto não**

se amolda ao previsto na Lei 9.873/99, nem representa, a rigor, nenhum ato inequívoco que importe em apuração dos fatos, nos termos do art. 2º, II, do mesmo diploma legal, fica configurada a prescrição da pretensão punitiva do Estado na esfera administrativa. (Apelação Cível no Processo 1000719-25.2018.4.01.3603, TRF 1ª Região, Quinta Turma, Relator Desembargadora Federal Daniele Maranhão Costa, DJe 22/06/2020) grifos acrescidos

Em suma, não há como qualificar o ato de mera juntada de informações produzidas por terceiros como um ato inequívoco de apuração dos fatos ou de apuração da infração investigada, dada a natureza jurídica do despacho que determina essa juntada se amoldar à de um ato ordinatório ou de um despacho de mero expediente, sem força interruptiva da prescrição intercorrente, consoante fundamentação acima desenvolvida.

Ressalte-se, todavia, que embora se reconheça o entendimento majoritário no sentido ora defendido, é importante notar que há vozes dissonantes no próprio Poder Judiciário, e que só entendem caracterizada a paralização do processo se ele não tiver julgamentos ou despachos durante o período de 3 anos, sob a compreensão de que, na ausência de qualquer limitação ou especificação de quais seriam os despachos capazes de interromper a marcha prescricional, até mesmo aqueles de mera movimentação já se prestariam a esse mister¹², denotando-se o caráter bastante formalista dessa corrente.

Ultrapassada a questão da juntada de documentos como interruptiva da prescrição intercorrente, vista acima, cumpre-nos refletir sobre outro aspecto importante ainda relacionado com o

12 “Ementa: AMBIENTAL. INFRAÇÃO AMBIENTAL. AUTUAÇÃO. INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA). PROCESSO ADMINISTRATIVO. DESPACHOS DE MOVIMENTAÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE AFASTADA. CONVERSÃO DA MULTA EM SERVIÇOS EM PROL DO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. CONVERSÃO EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. SENTENÇA MANTIDA. I - **A tese de que os despachos de movimentação não se prestam à interrupção do prazo prescricional não merece prosperar, vez que expressa a legislação de regência no sentido de que apenas incide a prescrição intercorrente em processos paralisados há mais de três anos, pendentes de julgamento ou despacho. Não restringindo o legislador o alcance da expressão ‘pendentes de julgamento ou de despacho’, não pode o intérprete dessa forma proceder, donde se conclui pela não incidência da prescrição no caso concreto. (...).**” Apelação Cível no processo 1000043-20.2017.4.01.3601, TRF 1ª Região, Sexta Turma, Relator Desembargador Federal Jirair Aram Megueriam, DJe 18/03/2020) grifos nossos

contexto fático deste caso do ofício da Receita Federal, e que diz respeito ao próprio conteúdo das informações colhidas, ou seja, questiona-se se em face desse conteúdo ter um caráter material importante para o deslinde do processo administrativo, poder-se-ia considerar a sua produção como ato apuratório e, por isso, interruptivo da prescrição. Em outras palavras, se os elementos produzidos são de tal maneira relevantes para o processo sob um prisma material, a sua inserção nos autos poderia se enquadrar como ato de apuração do fato ou da infração para fins de descaracterização da inércia administrativa?

Essa hipótese nos parece ter solução mais simples, a partir da própria análise sistêmica do instituto da prescrição e também dos contornos dos atos administrativos, em conformidade com os lineamentos já explorados anteriormente.

Como vimos, a prescrição intercorrente é ato de natureza intraprocessual e tem como objetivo evitar a paralisia e inação do órgão instrutor, a quem compete impulsionar os atos processuais com destino ao seu fim. Por sua vez, a prescrição intercorrente tem como um de seus objetivos o de punir a inércia e a desídia do órgão responsável pela condução do processo administrativo¹³.

Nesse diapasão, forçoso também compreender que os atos administrativos são de competência exclusiva ou privativa do próprio órgão processante, a quem incumbe dirigir a instrução processual com os meios disponíveis, diligenciando a pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas. Portanto, considerando que a prescrição intercorrente traz como ônus para a sua não incidência a prática de atos administrativos pela Administração Pública encarregada da apuração do ilícito, resta claro que o conteúdo informacional constante da resposta a ofícios encaminhados pelo Estado, independentemente de provirem de outros entes ou órgãos estatais, não supre a inércia do órgão processante, o qual expediu atos apuratórios tão somente no momento da solicitação dessas informações, mas não com a sua juntada aos autos.

Conclusão semelhante foi também alcançada pelo Ministério

13 “O reconhecimento da prescrição tributária é uma espécie de punição à desídia do credor, que deixa de buscar a satisfação do crédito fiscal no tempo legal, de modo que reste atendido também o princípio da segurança jurídica”. AgRg no REsp 1548737 / SP, STJ, 5ª Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 19/11/2015.

Público, nos termos abaixo:

“Ora, se o que a prescrição visa, justamente, a reprimir é a negligência do ente público na instauração ou condução do processo, não faz muito sentido que seja interrompida quando a ação a ser praticada pertence a um terceiro. Neste caso, a inércia do órgão instrutor acaba sendo avaliada pela sua desídia em reiterar o ofício (caso ocorra omissão do órgão colaborador) ou em não finalizar a investigação (caso não ocorra resposta em momento algum, mesmo após reiterações)”¹⁴.

Portanto, estabelecida a premissa de que a juntada de informações é ato sem o condão de interromper a prescrição, tampouco se deve adentrar ao teor das respectivas informações contidas nessa juntada, sobretudo porque a produção destas se deu por agente estranho ao órgão instrutor ou processante, de modo que não seria em absoluto capaz de afastar a inação deste em imprimir impulso à marcha processual sancionadora. Essa impulsão deve ser por ato inequívoco da entidade ou órgão encarregados da condução do processo, ou ainda, por ato judicial que incida nesse procedimento, mas jamais por ato de terceiros em resposta às diligências do instrutor.

4. Publicização

Outra questão que exsurge do mesmo caso em análise é a consistente na publicidade e correspondentes efeitos desse ato apuratório ou “pseudo apuratório”, visto que a juntada de informações sigilosas da Receita Federal não foi considerada como de apuração do ilícito para fins prescricionais. Nesse contexto, indaga-se se, estabelecida a relação processual angularizada entre as partes e instaurado o processo administrativo com a necessidade de observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, é lícito ao órgão instrutor produzir investigações sigilosas em autos sem acesso às partes e considerar tais atos como interruptivos da prescrição?

É dizer, uma vez formada a relação jurídica processual entre o Estado persecutor e a parte Representada, determinado ato considerado em tese apto a interromper a marcha prescricional

14 Cf., parecer do MPF nos autos do P.A. 08012.009581/2010-06

pode ser praticado sem conhecimento dessa Parte, em autos restritos, mas ainda assim imprimindo-lhe o efeito de renovação da persecução do ilícito, impedindo-se a incidência da prescrição intercorrente à revelia do conhecimento das partes, mesmo que tal sigilo perdure por mais do que os 3 anos previstos para a prescrição intercorrente. A resposta a esse questionamento requer exame mais aprofundado de todo o sistema normativo.

Veja-se que os dispositivos legais que regem a prescrição não contêm qualquer previsão nesse sentido, vale dizer, a produção do efeito interruptivo independe de prévia intimação ou notificação das partes interessadas.

E vale observar que, antes de formada a relação processual, não há que se falar em necessidade de conhecimento das partes dessa investigação para que os efeitos dos atos da Administração se operem, inclusive na seara interruptiva e suspensiva da prescrição, a despeito do possível sigilo dos atos e do desconhecimento por parte dos investigados.

Insta salientar que nessa fase inquisitória/investigativa não há sequer um polo passivo propriamente dito, de sorte que não há ainda representados aptos a exercer seus direitos de defesa, razão pela qual parece acertado o entendimento de que antes de estabelecida a relação jurídico/processual com a instauração do processo administrativo, não há falar em impossibilidade de interrupção da prescrição por meio de atos administrativos ainda sigilosos ou confidenciais. Nessa fase os atos interrompem a prescrição, pois têm como destinatários a defesa da sociedade como um todo.

Tal compreensão encontra arrimo no § 1º do art. 140 do atual Regimento Interno do Cade, o qual assegura que o inquérito administrativo poderá tramitar em sigilo, no interesse das investigações, a critério da Superintendência-Geral. Tal dispositivo, de seu turno, quando interpretado à luz do art. 2º da Lei n. 9.873/1999, autoriza a conclusão de que os atos praticados pela Superintendência na etapa pré-processual (investigativa, de procedimento preparatório ou de inquérito preliminar), ainda que sigilosos das partes, até porque muitas vezes estas sequer compõem o processo ainda, mas conquanto destinados à apuração dos fatos e do ilícito, conduzem à interrupção da prescrição. Ressalte-se que a prescrição aqui cogitada é a material, quinquenal para os ilícitos concorrenciais em geral e de doze anos para cartéis, conforme

interpretação majoritária a esse respeito do Plenário do Cade.

E assim o é porque a prescrição intercorrente tem natureza intraprocessual, o que a faz ocorrer somente após instaurado o processo sancionador propriamente dito, e não antes disso. Então seria um contrassenso cogitar de sua ocorrência em etapa pretérita ao processo, visto a sua própria natureza ser incompatível com essa fase.

Em definitivo, não nos parece cabível falar em prescrição intercorrente em processos investigativos, pois qualquer inércia processual ainda não tem partes como destinatárias dos atos da Administração, com direitos a serem preservados e garantias a serem observadas.

Para ilustrar o raciocínio, pensemos no exemplo de um Inquérito Administrativo instaurado para apurar determinada infração da ordem econômica, o qual deve ser encerrado em até 180 dias ou prorrogado depois desse prazo a cada 60 dias, o que já impõe à autoridade processante o dever de motivar os seus atos e até mesmo de buscar progredir em suas investigações.

Prosseguindo no exemplo supra e supondo-se que a Administração não prorrogue as investigações e, ao mesmo tempo, deixe transcorrer os 3 anos sem atos de apuração, qual seria a consequência jurídica nesse cenário? A resposta nos parece inequívoca, no sentido de que um eventual reconhecimento da prescrição intercorrente não pode obstar a instauração de um procedimento administrativo sancionador, gerando, quando muito, a impossibilidade de continuidade investigativa naquele procedimento então aberto, mas não em outro com o mesmo fim, visto que até a formação do processo administrativo a Administração não identificou em definitivo os responsáveis, não delimitou a conduta e não colheu todas as provas para iniciar o feito sancionatório, de modo que a prescrição intercorrente em etapas investigativas não teria o condão, a nosso sentir, sequer de se levar ao arquivamento do próprio procedimento investigativo.

No entanto, uma formado o processo, com o chamamento aos autos dos investigados na condição de Representados, exsurtem garantias processuais e materiais em seu favor, a exemplo de serem intimados dos atos que lhe acarretem ônus ou obrigações processuais, bem assim de verem o processo manter o regular curso processual com vistas ao seu fim, não sendo paralisado por mais de

três anos.

O art. 145 do Ricade prevê a necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa para o Representado em um processo administrativo. Por sua vez, após essa angularização processual, o art. 153 garante ao Representado o direito de acompanhar o processo administrativo, assegurando-se a ele amplo acesso aos autos no Cade. Dessa forma, eventuais novas investigações previstas no art. 154 não podem ser dissociadas desse amplo acesso aos Representados, ainda que sob elas recaia o sigilo legal por determinado tempo.

E isso se impõe porque a Administração Pública não pode apresentar provas surpresas, sem o conhecimento das partes e sem o crivo do contraditório. A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a proibição de utilização de provas surpresas no sistema jurídico pátrio, por permitirem burla ou incentivarem a fraude processual, e em consonância com os arts. 10 e 933 do Código de Processo Civil.¹⁵

Previsão de semelhante natureza está também contemplada no Ricade, em especial no seu art. 52, inciso II, vazado nos seguintes termos:

*“Art. 52. Não será deferido o acesso restrito de informações e documentos por parte do Cade quando:
II - em processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, o tratamento de acesso restrito das informações puder implicar cerceamento de defesa; ou”*

Desse modo, a prova, para que se aperfeiçoe e seja possível de ser utilizada em face de um Representado na esfera administrativa, após o início da fase processual propriamente dita, deve ser produzida e publicizada, a fim de viabilizar o contraditório e a ampla defesa em prazos razoáveis, o mais próximo possível de sua respectiva produção.

Esse também é um dos intuitos da prescrição intercorrente, evitar que o processo envelheça nos escaninhos do serviço público e torne a defesa das partes cada vez mais dificultada, ante a sua distância temporal dos fatos.

15 REsp 1721700/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 11/05/2018

Pois bem, se uma diligência investigativa com caráter apuratório da infração é iniciada sigilosamente no âmbito do processo administrativo e, antes de se vê-la concluir e ser tornada pública nos autos sobrevém o decurso do triênio da prescrição intercorrente, é forçoso perceber para o Representado uma aparência de decurso do prazo prescricional, pois do que é público no processo e do que ele pode processual e materialmente se defender, nada há de investigação e de ato público capaz de interromper a prescrição, de modo que parece-nos claro que, se de um lado, antes de estabelecida a relação processual angular entre as partes do processo administrativo sancionador há uma liberdade investigativa ampla com a consideração de atos sigilosos para fins de interrupção da prescrição de maneira mais abrangente, inclusive incidindo sobre atores eventualmente ainda desconhecidos do processo, também é razoável se exigir que, após a instauração do processo e identificação das partes, essas providências investigativas somente possam produzir tais efeitos após publicizadas, do contrário, as partes não terão plenamente suas garantias de exercer o contraditório e a ampla defesa, além de verem o processo com paralisações superiores a 3 anos e não poderem arguir a prescrição intercorrente sob supostos fundamentos de investigações confidenciais.

Demais disso, na fase investigativa pré-processual, a autoridade tem o dever de justificar cada prorrogação de prazo além dos 180 dias iniciais de apuração, renovando tal prorrogação a cada novos 60 dias, providência essa não prevista no processo administrativo, ante a possibilidade nesta etapa de as partes acompanharem todos os atos do processo, inclusive a inação da Administração. Pois bem, caso se admitam esses atos sigilosos, o órgão instrutor estaria sem o dever de motivar as investigações prolongadas no tempo, tal qual lhe é exigido pelo art. 141 do Ricade, e, ao mesmo tempo, estaria fora do radar de monitoramento das partes, as quais estariam alijadas do controle dos atos administrativos da Administração sob a chancela do sigilo.

Em definitivo, não há como se sustentar sigilo para acusações cujas repercussões possam ensejar a condenação de terceiros. É preciso sempre conferir publicidade das provas às partes acusadas, para que possam exercer suas prerrogativas e faculdades processuais, sem as quais teriam cerceado o seu direito à ampla defesa.

Isso não significa, em absoluto, dizer que qualquer prova

produzida após a instauração do processo administrativo tem que ser imediatamente pública, mas sim que tais provas, para produzirem os efeitos de apuração dos fatos ilícitos e consequente interrupção da marcha prescricional, devem ser disponibilizadas nos autos públicos para as partes às quais interessam dentro do intervalo da prescrição intercorrente (antes de 3 anos de paralisação aparente do processo), sob pena de o Estado indicar nos autos uma paralisação incompatível com a celeridade e com a publicidade processual, além de se afastar do controle dos atos processuais a ser exercido pelas partes.

Em suma, o que se tentou demonstrar foi a possibilidade de os atos apuratórios terem um caráter sigiloso, em determinadas fases do processo, e ainda assim interromperem a prescrição. Todavia, instaurado o PA, a Administração passa a ter o ônus de publicizar esses atos a fim de lhes conferir eficácia contra terceiros, especialmente para fins de deles extrair efeitos de interrupção do curso prescricional, pois não é compatível com o nosso ordenamento a utilização de provas surpresas e não disponibilizadas aos Representados.

5. Actio nata

Um último ponto a ser enfrentado diz respeito aos reflexos da teoria da *actio nata* na prescrição intercorrente.

A doutrina da *actio nata* se destina a regular o momento de início da contagem do prazo prescricional. Via de regra, violado o direito, surge para o titular uma pretensão, a qual se extingue pela prescrição. Então, com o nascimento do direito de ação, se inicia também o prazo prescricional, em contraposição àquele direito. Essa contagem tinha uma feição eminentemente objetiva, de modo que os prazos se contavam, via de regra, a partir da violação do direito.

Contudo, tendo a prescrição um caráter punitivo àquele desidioso em exercer seu direito, a teoria passou a abarcar também um lado subjetivo, de exigir para a contagem do prazo prescricional a ciência do titular da pretensão acerca da lesão ao seu direito, não se iniciando o seu prazo sem esse conhecimento, porquanto sem isso não haveria inércia, desídia, negligência.

No âmbito da prescrição intercorrente administrativa,

especialmente daquela que interessa a este artigo, a Subprocuradora-Geral da República, Dra. Samantha Chantal Dobrowolski, teceu considerações bastante pertinentes no cartel da metionina, a saber:

“No exame da prescrição intercorrente, em particular, como o feito já se encontra instaurado, o que se visa coibir é o estado inercial em que a autoridade instrutória pode recair na condução do caso, buscando-se evitar a ineficiência administrativa e o desrespeito à duração razoável do processo (preceitos constitucionalmente assegurados). O princípio da actio nata pode ser transposto para as situações em que se reconhece, no entanto, que a autoridade está circunstancialmente limitada em seu poder de praticar a instrução, por depender de providência de agente externo na produção de prova, o que deve constituir empecilho suficiente a realmente impedir a continuidade ou conclusão da apuração.

86. Em outros termos, seria necessário provar, na fase em que a instrução se encontrava, no ano de 2015, que a SG/Cade estava totalmente adstrita à colaboração da Receita Federal. Em caso contrário, poderia ter dado andamento à obtenção das mesmas informações por vias alternativas, caso fossem cruciais, ou então encerrado a investigação, sem que o risco da prescrição intercorrente se agravasse.

87. Entende-se, portanto, que há alguns parâmetros que devem ser utilizados: em primeiro lugar, (i) no exame do potencial instrutório da informação, o quanto ela se mostrava crucial e se apenas o ente demandado poderia supri-la, exclusivamente. Além disto, é recomendável analisar (ii) em que medida a colaboração foi prestada em tempo razoável, de modo a balizar a espera da autoridade responsável. Isto porque, em caso de omissão na resposta, a SG/Cade poderia, sempre, ter reiterado o primeiro ofício ou haver tomado as medidas legais cabíveis, forçando a sua apresentação.”¹⁶.

Com a máxima vênia à ilustre Subprocuradora-Geral da República e reconhecendo o nobre e sempre bem vindo esforço de estabelecer parâmetros mínimos para se considerar a produção de documentos por terceiros como marco interruptivo da prescrição, não vemos racionalidade lógico/jurídica nessa construção, uma vez que o conhecimento acerca do início da contagem do prazo processual, para a Administração Pública incumbida de conferir impulso oficial ao processo administrativo sob sua tutela, não pode estar condicionada à produção de documento externo e por pessoas

16 Cf., parecer do MPF nos autos do P.A. 08012.009581/2010-06

estranhas ao órgão.

A autoridade processante deve ter o domínio do processo sob sua responsabilidade, não o contrário. Não são os atos de terceiros que ditam as consequências processuais para a Administração Pública. Não há como se admitir que este órgão fique mais de 3 anos esperando manifestações de terceiros e, ainda que estas sejam imprescindíveis à continuidade do feito e inviáveis de serem obtidas de outra forma, que não as tenha reiterado o pedido, que não as tenha buscado por outras vias e, mais ainda, que nesse intervalo a Administração não saiba que o prazo prescricional está em curso e que a mera juntada das informações por esses terceiros não tem o caráter de ato interruptivo da prescrição, por todos os motivos já declinados anteriormente.

Como reiteradamente dito neste trabalho, a prescrição intercorrente tem natureza intraprocessual e decorre essencialmente de uma inação do órgão instrutor, a quem incumbe investigar e apurar o fato a ser punido. Portanto, tendo ela o dever de investigação e de condução do feito ao seu fim, não pode alegar em determinado momento que adotou providências para a resolução do caso e simplesmente aguardar pacientemente, por mais de 3 anos, que essas informações sobrevenham aos autos a qualquer momento, considerando-se como esse cumprimento por terceiros um efetivo conhecimento do início da contagem do prazo prescricional.

Novamente reiterando nossas vênias, entende-se que a figura do caráter subjetivo da *actio nata* sequer encontra aplicabilidade à prescrição intercorrente administrativa, pois o dever de impulsionar o processo administrativo é do próprio órgão estatal, não havendo como se alegar a demora se deu em face de atos de terceiros, pois em qualquer hipótese dessa natureza, persiste e remanesce a responsabilidade do Estado de diligenciar, de instruir e de conduzir o processo administrativo ao seu fim, evitando a sua paralização por mais de 3 anos.

Em outros termos, o Estado sempre estará ciente de seu dever legal de impulsionar o processo, não se podendo alegar falta de ciência dessa necessidade. Caso as informações então diligenciadas sejam de suma importância, ele que as busque por formas alternativas ou que archive o feito, contudo, em nenhuma situação estará ele sem saber exatamente quando foi a última vez que adotou providências apuratórias ou algo semelhante. Subjetivamente é ele

o principal “senhor” da informação acerca do prazo da prescrição intercorrente, não se podendo transferir esse “senhorio” a terceiros para impedir a consumação da prescrição intercorrente em processo de responsabilidade de determinado órgão. Tal hipótese seria equivalente a se atribuir uma prescrição intercorrente à revelia da própria Administração processante, o que soa como um absurdo, algo inimaginável.

Conclusões

Em apertada síntese, vimos que a prescrição intercorrente é aquela que ocorre com o processo em curso, ou seja, de natureza intra ou endoprocessual, em face de sua paralisação injustificada por determinado lapso de tempo, a qual denotaria a inatividade da Administração em conduzir diligentemente a investigação para o seu fim natural (decisão de mérito), tendo como efeitos a impossibilidade de continuidade do processo sancionador, impondo-se o seu necessário arquivamento.

Em seguida, adentramos ao exame dos atos capazes de interromper essa prescrição, e verificamos que o texto legal, a doutrina e a jurisprudência pátria apontam para a impossibilidade de despachos de mero expediente e atos interlocutórios serem caracterizados como atos de apuração do fato ou da infração, impedindo-se a sua adoção como marcos interruptivos da prescrição intercorrente, nos termos do art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.873/1999.

Também exploramos o conteúdo do material produzido por terceiros e seu reflexo no curso prescricional, para concluir que os atos apuratórios, para terem aptidão a interromper a prescrição, devem ser adotados pelo órgão instrutor, ante sua competência para conduzir o processo e o seu ônus de impulsionar tempestiva e regularmente o feito.

Adiante, seguimos na análise da publicidade do ato interruptivo como requisito para a produção desse efeito, no que defendemos a possibilidade de produção de efeitos interruptivos de atos sigilosos no âmbito da fase investigativa e, ainda, na fase contraditória do processo administrativo, desde que publicizado o ato dentro do intervalo de 3 anos, sob pena de o processo refletir aos Representados uma aparência de inércia e de inação, afetando seus direitos de acompanhamento e de não apresentação de provas surpresas,

dentre outros.

Por fim, tratamos da teoria da actio nata e sua possibilidade de aplicação, sob uma perspectiva subjetiva, à prescrição intercorrente, no que concluímos pela sua impossibilidade, ante a incompatibilidade de a Administração incumbida de processar não poder alegar desconhecimento de prazo relativo a processo sob a sua alçada.

Referências

CAIXETA, Deborah Batista. **Novas diretrizes da política antitruste brasileira: o consumidor e a atuação do Ministério Público na defesa de seus interesses**. In: Revista de Defesa da Concorrência, n. 2, nov/2013.

CALIXTO, Salomão Filho. **Direito Concorrencial - As Condutas**, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 2007.

CRESWELL, John W. **Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto**. Porto Alegre: Artmed, 2010. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. LARENZ, Karl, Metodologia da ciência do direito, 4a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

FERREIRA, Gilmar Mendes; BRANCO Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020 (Série IDP).

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 6. Ed.rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

PIETRO, Maria Sylvia Di. **Direito Administrativo**. 31ª ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018

RODRIGUES, Eduardo Frade. **A Superintendência-Geral do Cade e a Estruturação da Função de Instrução dos Processos**

Administrativos e Atos de Concentração. In CARVALHO, Vinicius Marques de. (org.) A Lei 12.529/11 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. São Paulo: Singular, 2015.

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

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**, vol. único. 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 316 *Apud* FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: Parte Geral e LINDB, vol. 1. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2015, v.1

WAMBIER, Tereza A. A. et al. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Uma régua na leniência antitruste: as taxas de sucesso e de declaração de cumprimento como medidas de efetividade do programa de leniência do Cade¹

Priscilla Craveiro da Costa Campos²

RESUMO

O Programa de Leniência antitruste brasileiro é efetivo em detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica? O presente artigo busca avaliar sua efetividade com base em dois indicadores: (i) taxa de sucesso do acordo, que mede a capacidade do acordo de leniência de gerar punição e (ii) taxa de declaração de cumprimento do acordo, medida a partir das decisões do Tribunal do Cade que confirmam ou não os benefícios decorrentes do acordo de leniência aos Signatários. Para contextualizar a discussão, caracterizam-se as 3 fases pelas quais passou o Programa, com base no perfil dos cartéis reportados via acordo.

Palavras-chave: Cartel; Programa de Leniência; acordo de leniência; fases; taxa de sucesso do acordo; taxa de declaração de cumprimento do acordo.

ABSTRACT

Is the Brazilian Antitrust Leniency Program effective in detecting, investigating and punishing infringements against the economic

1 Artigo premiado no Prêmio IBRAC-TIM 2020, a ser publicado na próxima edição da Revista de Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional do Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC).

2 Servidora Pública Federal da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental desde 2011. Atua na Unidade de Leniência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) desde 2016. É Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB) e Especialista em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). E-mail: priscilla.craveiro@gmail.com. As opiniões são pessoais e não refletem necessariamente a visão da instituição à qual a autora é vinculada.

order? This paper aims to evaluate its effectiveness based on two indicators: (i) the agreement success rate, which measures the leniency agreement's ability to generate punishment and (ii) the agreement fulfillment declaration rate, measured based on Cade's Tribunal decisions that confirm or not the benefits arising from the leniency agreement to the Signatories. To contextualize the effectiveness discussion, this paper describes the three phases the Program went through, based on the profile of the cartels reported via agreement.

Keywords: Cartel; Leniency Program; leniency agreement; phases; agreement success rate; agreement fulfillment declaration rate.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *As fases do Programa de Leniência: de acordos relacionados a cartéis internacionais e privados a acordos relativos a cartéis nacionais e públicos*; 3. *Da efetividade do Programa em detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica*; *Conclusões*; *Referências*.

1. Introdução

Em 2020, o Programa de Leniência Antitruste brasileiro completa 20 anos e registra 99 acordos assinados. Nesse contexto, é oportuno perguntar: o Programa é efetivo em detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica? Para responder tal pergunta, busca-se avaliar a efetividade do Programa de Leniência com base em dois indicadores: (i) a taxa de sucesso do acordo, que mede a capacidade do acordo de leniência de gerar punição, e (ii) a taxa de declaração de cumprimento do acordo, medida a partir das decisões do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) que confirmam ou não os benefícios decorrentes do acordo de leniência para os Signatários em seus respectivos Processos Administrativos (PAs).

Quanto à taxa de sucesso do acordo, parte-se da hipótese de que (i) os acordos de leniência tendem a prover evidências robustas da conduta anticompetitiva, porquanto colhidas e apresentadas por participante da infração e que, por esse motivo, tais acordos ensejariam punição em patamares elevados. Por sua vez, quanto à taxa de declaração de cumprimento do acordo, parte-se do pressuposto de que (ii) os proponentes incorrem em elevados custos, tanto financeiros quanto de oportunidade, para negociar e

firmar o acordo. Por essa razão, têm elevado incentivo a cessar de fato a conduta, agir de boa-fé e cooperar plena e permanentemente com a autoridade durante o PA, o que resultaria em alta taxa de declaração de cumprimento dos acordos.

Para contextualizar a discussão acerca da efetividade, na seção 2, analisam-se as diferentes fases pelas quais passou o Programa, caracterizando-as a partir do contexto e do perfil dos cartéis reportados via acordo, que foram classificados quanto ao mercado geográfico abrangido e quanto aos clientes afetados. Utiliza-se como referencial teórico o artigo “Nearly 16 years of the Leniency Program in Brazil: Breakthroughs and challenges in cartel prosecution” (Athayde e Fidelis, 2016)³, atualizando-o com base nos dados mais recentes do Programa. Para se chegar aos dados apresentados, catalogou-se cada um dos 99 acordos firmados até 2019⁴, classificando-os segundo os seguintes critérios: a. “ano de assinatura”; b. “proponente”; c. “abrangência do cartel” (nacional, internacional ou nacional e internacional); d. “cliente afetado pelo cartel” (público, privado ou público e privado); e. “natureza do acordo” (Lava Jato ou Outros); f. “ramo de atividade”; g. “fase da instrução processual” (arquivado, Inquérito Administrativo - IA, PA ou julgado). Registraram-se, ainda, as propostas de negociação rejeitadas entre 2015 e 2019, com vistas a se verificar a proporção dos acordos rejeitados em relação aos assinados.

A seção 3 trata da avaliação em si da efetividade do Programa de Leniência do Cade. Aborda-se a metodologia utilizada para a pesquisa que permitiu calcular os resultados dos indicadores de efetividade propostos. Na sequência, apresenta-se a equação da taxa de sucesso do acordo - indicador que visa a verificar a capacidade do acordo de leniência de gerar punição - e o resultado a que se chegou a partir de seu cálculo. Finalmente, expõe-se a taxa de declaração de cumprimento do acordo, ou seja, em que proporção os acordos firmados tiveram seu cumprimento declarado pelo

3 Athayde e Fidelis (2016) identificaram e caracterizaram duas fases do Programa de Leniência Antitruste: Fase 1 (2000 - 2011) e Fase 2 (2012 - 2016). A análise atualizada dos resultados do Programa permite considerar, ainda, a existência de uma terceira fase, que teria começado em 2015 e ainda estaria vigente, conforme será apresentado neste artigo.

4 Note-se que, apesar de a planilha elaborada não ser de caráter público, os resultados agregados e consolidados são passíveis de publicação.

Tribunal do Cade.

Por fim, apresentam-se as conclusões do estudo, elencando-se quais são os desafios atualmente colocados ao Programa.

2. As fases do Programa de Leniência: de acordos relacionados a carteis internacionais e privados a acordos relativos a carteis nacionais e públicos

Inspirado em experiências internacionais exitosas, em especial no programa norte-americano⁵, o Programa de Leniência Antitruste brasileiro foi instituído por meio da Lei nº 10.149/2000⁶, com o intuito de fortalecer o combate a infrações contra a ordem econômica. Pioneiro na legislação brasileira⁷, tem como órgão responsável por sua implementação o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), por meio de sua Superintendência-Geral (SG-Cade).

Atualmente, o Programa tem previsão legal nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 e é normatizado pelos artigos 196 a 210 do Regimento Interno do Cade (Resolução nº 22, de 2019). Nos termos do art. 196 do Regimento, trata-se de um

(...) conjunto de iniciativas com vistas a detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529, de 2011; e incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de acordos de leniência (CADE, 2019a, p.55).

5 O programa de leniência norte-americano foi implementado em 1978, mas sua configuração atual data de 1993.

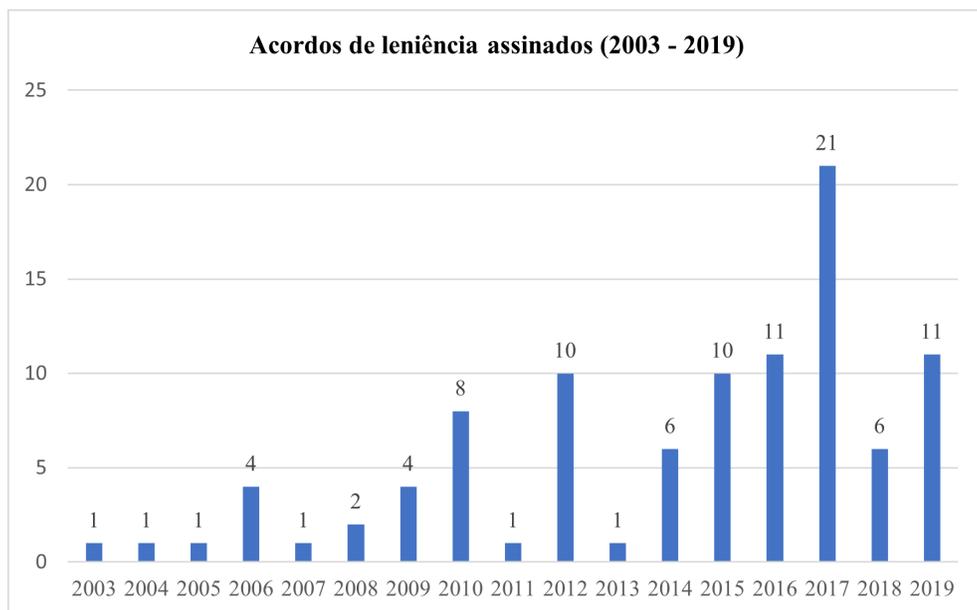
6 Originado na Medida Provisória nº 2.055-4, de 7 de dezembro de 2000, convertida na Lei nº 10.149/2000.

7 O Programa de Leniência do Cade serviu de inspiração para outros programas, como o da Lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e o do Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 13.506/2017), implementado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Banco Central (Bacen).

O Programa é voltado a empresas e/ou pessoas físicas que desejam confessar ilícitos previstos no art. 36, § 3º, I e II da Lei nº 12.529/2011.⁸

Nos 20 anos de existência do Programa de Leniência Antitruste, 99 acordos foram assinados, conforme gráfico abaixo.

Figura 1 - Acordos de leniência assinados (2003 - 2019)



Fonte: adaptação do gráfico disponível em <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-lenienca/estatisticas>. Último acesso em: 17/08/2020.

O perfil dos cartéis reportados via acordo de leniência alterou-se substancialmente ao longo dos anos de implementação do Programa. Nesse sentido, a análise da evolução histórica do Programa e sua divisão em fases centrou-se, essencialmente, mas não somente, nas

8 Art. 36 § 3º “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes” (BRASIL, 2011).

mudanças ocorridas quanto (i) ao mercado geográfico abrangido pelo cartel e (ii) ao tipo de cliente afetado pelo cartel.

Quanto ao mercado geográfico abrangido pelo cartel, que leva em conta o local onde a conduta ocorreu e/ou teve efeitos, classifica-se o cartel em “nacional e/ou internacional”. Nos casos em que tenha ocorrido exclusivamente no exterior, o fato de ter havido efeitos, ainda que potenciais, no Brasil é essencial para fixação de jurisdição para investigar o caso.⁹ Por outro lado, quanto ao tipo de cliente afetado, classifica-se o cartel em “público e/ou privado”. Se o cliente afetado tiver sido o poder público, a exemplo do que ocorre em cartéis em licitações públicas, o cartel é classificado como público. Se, por outro lado, o cliente afetado for outra empresa, ou os consumidores finais, o cartel é classificado como privado.¹⁰ A seguir, aborda-se cada uma das fases pelas quais passou o Programa, detalhando-as.

A Fase 1 (2000 - 2011) teve início com a previsão em lei do Programa de Leniência Antitruste e durou até a alteração legislativa de 2011.¹¹ Como verificado por Athayde e Fidelis (2016), nos anos iniciais do Programa, foram estabelecidos os primeiros contatos com a legislação, dando espaço a uma relação de confiança quanto aos procedimentos do Programa. Em decorrência disso, o primeiro acordo ¹²foi assinado somente em 2003, portanto, 3 anos após a instituição do Programa. Nessa primeira fase, foram assinados 23 acordos, a maioria deles tratando de cartéis internacionais (aproximadamente, 70%). ¹³Cerca de 87% dos acordos tratavam de

9 Note-se que é possível haver cartéis nacionais e internacionais, ou seja, que durante um período foram exclusivamente nacionais e, posteriormente, estenderam sua atuação para outros países, por exemplo.

10 Vale mencionar que há casos em que um mesmo cartel afeta tanto clientes públicos quanto privados. Quando ocorrem, são classificados como público e privado.

11 Promulgação da Lei nº 12.529, de 20 de novembro de 2011, que entrou em vigor em 2012.

12 AL 01/2003 (Cartel dos Vigilantes). PA nº 08012.001826/2003-10, julgado em 21/09/2007.

13 Nesse percentual são considerados tanto aqueles acordos relativos a cartéis estritamente internacionais (8) quanto aqueles relativos a cartéis mistos - nacionais e internacionais (8).

carteis que afetaram clientes privados.¹⁴

A Fase 2 (2012 - 2014) corresponde ao momento de consolidação do Programa de Leniência Antitruste, conforme ressaltado por Athayde e Fidelis (2016). Teve como marco a promulgação da Lei nº 12.529/2011, que trouxe mudanças que tiveram consequências importantes para o Programa. A principal delas talvez tenha sido a exigência de notificação prévia dos atos de concentração, que abriu espaço para maior disponibilidade do Tribunal para julgar processos relacionados a condutas anticompetitivas, já que a maioria dos processos de atos de concentração, na prática, passou a se encerrar na SG-Cade.¹⁵ Na opinião de Athayde, Frade e Thomson (2017, p. 7), “a condenação e a efetiva punição destas condutas, com a definição de critérios claros de ilegalidade e de *standard* probatório pelo Tribunal tornam a ameaça de ser detectado real e imediata”, gerando aumento na demanda por acordos.

Destacam-se, ainda, importantes alterações em termos de estrutura e instrumental da autoridade antitruste, que levaram a um incremento do *enforcement* a carteis. Conforme apontado por Athayde, Frade e Thomson (2017), a mudança legislativa refletiu-se na destinação de uma coordenação-geral de análise antitruste à investigação de carteis em licitação; no estabelecimento de unidade de investigação focada na detecção proativa de carteis; no uso de filtros econômicos para verificar indícios de carteis em licitações e em maior colaboração com outros órgãos de controle e investigação.

Como consequência, os carteis nacionais passaram a ter protagonismo nos acordos de leniência assinados, representando cerca de 88%¹⁶ dos 17 acordos assinados entre 2012 e 2014. Nesse período, aproximadamente 76% do carteis denunciados via acordo de leniência afetaram exclusivamente clientes privados.

Atualizando o referencial teórico de Athayde e Fidelis (2016),

14 Nesse percentual são considerados tanto aqueles acordos relativos a carteis que afetaram exclusivamente clientes privados (18) quanto aqueles relativos a carteis que afetaram clientes públicos e privados (2).

15 Outra mudança relevante trazida pela nova legislação foi o fim do impedimento para que o líder do cartel firme acordo de leniência com o Cade. Atualmente, quando comprovada, a liderança no cartel é considerada um agravante na penalidade aplicada pelo Tribunal do Cade ao infrator, mas não impede a propositura e assinatura de acordo.

16 Nesse percentual são considerados tanto aqueles acordos relativos a carteis estritamente nacionais (10) quanto aqueles relativos a carteis mistos - nacionais e internacionais (5).

verifica-se a existência de mais uma fase do Programa, a Fase 3 (2015 – atual), que tem como marco o primeiro acordo de leniência antitruste assinado na esteira da Operação Lava Jato¹⁷¹⁸, em março de 2015. Tal Operação serviu de catalizador do Programa de Leniência Antitruste, já que as grandes empreiteiras investigadas - e empresas de médio e pequeno porte a elas associadas em ilícitos - viram-se na situação de ter de resolver suas pendências e reparar os danos causados frente aos diferentes órgãos de investigação e controle do país. O Cade, que a essa altura já tinha seu Programa de Leniência como referência na Administração Pública, não ficou de fora. Nesse período, o número de propostas de acordo cresceu consideravelmente. Em 2016, por exemplo, foram recebidos 138 pedidos de *marker* para negociação de acordo de leniência¹⁹, sendo 43 *first-ins*.²⁰

Conforme se nota na Figura 1, foi nessa Fase 3 que a quantidade de assinaturas de novos acordos atingiu seu auge: 59 acordos firmados no período, sendo 21 acordos somente em 2017. Não só a Lava-Jato contribuiu para esse incremento nos números do Programa: a alteração legislativa de 2011, que estendeu a proteção

17 AL 01/2015 (cartel em obras de montagem industrial “onshore” em licitações da Petrobrás no Brasil), assinado em março de 2015 com a Setal Engenharia e Construções, a SOG Óleo e Gás e funcionários e ex-funcionários das empresas do grupo. Processo Administrativo nº 08700.002086/2015-14. Versão pública do Histórico da Conduta está disponível em: http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-de-leniencia-no-ambito-da-201coperacao-lava-jato201d/hc-versao_publica.pdf. Último acesso em: 19/07/2020.

18 A Operação Lava Jato teve início em março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba. Consideram-se inseridos no âmbito da referida Operação aqueles acordos de leniência antitruste que têm como objeto carteis em licitações públicas envolvendo grandes empreiteiras que são alvo de investigação também pelas autoridades de persecução administrativa e/ou criminal a carteis, fraude a licitação, corrupção e crimes relacionados.

19 O Guia do Programa de Leniência Antitruste (Pergunta 29) orienta que “o pedido de senha (“marker”) é o ato em que o proponente do Acordo de Leniência entra em contato com a Superintendência-Geral do Cade a fim de comunicar o interesse em propor Acordo de Leniência em relação a uma determinada conduta anticoncorrencial coletiva e, assim, garantir que é o primeiro proponente em relação a essa conduta”. (CADE, 2016, p. 27)

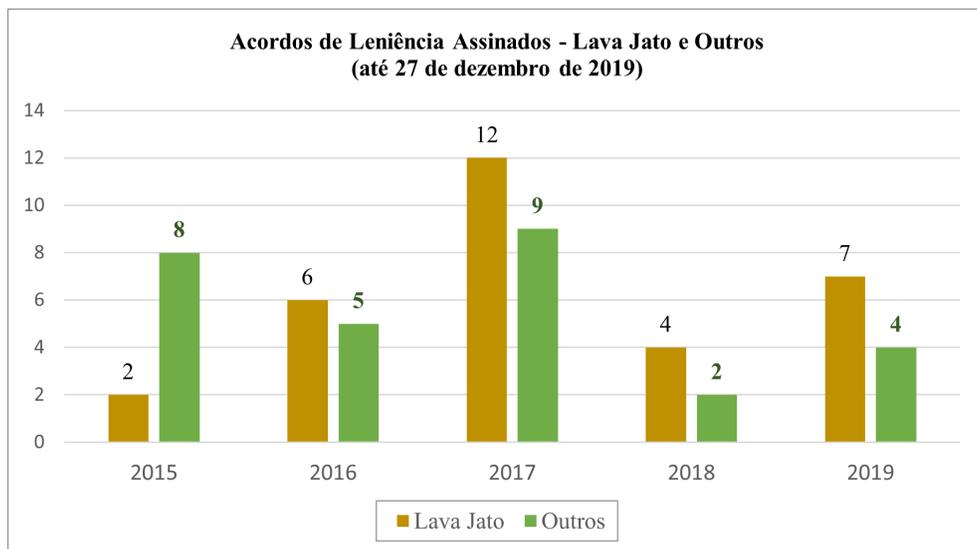
20 *First ins* são aqueles que atendem o critério previsto no artigo 86 § 1º inciso I da Lei nº 12.529/2011 para assinar leniência: “a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação” (BRASIL, 2011). Os demais proponentes compõem fila de espera, sendo chamados para negociar leniência em caso de rejeição ou desistência do primeiro da fila, ou para negociar TCC, após instauração do inquérito ou processo administrativo, em caso de assinatura da leniência com o primeiro da fila.

da leniência de forma explícita para crimes relacionados à prática de cartel, como associação criminosa (artigo 288 do Código Penal) e fraude à licitação (artigo 90 da Lei nº 8.666/1993), também teve importante papel, conforme destacado abaixo:

Essa alteração, promovida pela nova Lei de Defesa da Concorrência, foi provavelmente fator essencial para encorajar diversas empresas e pessoas físicas a se apresentarem perante a SG para admitir participação em esquemas de fraude a licitações em troca da imunidade penal mais abrangente, além da administrativa. (OCDE, 2019, p. 60)

Assim, possivelmente tanto por influência da Operação Lava Jato quanto pela extensão da proteção do acordo de leniência para crimes relacionados a cartel, o maior foco dos acordos da Fase 3 foi em cartéis em licitações públicas (cerca de 63% do total).²¹ Abaixo, pode-se verificar a proporção de acordos de leniência antitruste inseridos no âmbito de investigações da Lava Jato em relação ao total assinado durante a Fase 3: cerca de 52%.

Figura 2 - Acordos de leniência assinados - Lava Jato e outros (2015 - 2019)



Fonte: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas>. Último acesso em: 17/08/2020.

²¹ Nesse percentual são considerados tanto aqueles acordos relativos a cartéis que afetaram exclusivamente clientes públicos (33) quanto aqueles relativos a cartéis que afetaram clientes públicos e privados (4).

Nessa Fase 3, a proporção de acordos relativos a cartéis internacionais é menos representativa: aproximadamente 12%.²² Em termos de mercado afetado pelas condutas que foram objeto dos acordos de leniência assinados, revelou-se predominância de cartéis em obras de infraestrutura e serviços para construção (39%) e no mercado de fabricação de peças e acessórios para veículos automotores (17%).²³²⁴

Outro aspecto a se destacar é a concentração da assinatura de acordos de leniência com determinadas proponentes: 6 empresas firmaram 29 dos 59 acordos de leniência antitruste assinados entre 2015 e 2019, o que corresponde a 49% do total. Tal fato pode ser resultado do incentivo da leniência *plus*²⁵ previsto no Programa, em que se concede desconto de 1/3 na multa ou contribuição pecuniária no processo original para o qual a empresa não obteve leniência quando esta traz ao conhecimento da autoridade um novo cartel. Nesse sentido, Athayde (2019, p. 148) ressalta que “cada nova investigação representa mais um fio no ‘novelo de lã’ que são as investigações das condutas. A leniência *plus*, portanto, surge como instrumento de ‘alavancagem investigativa’ pela autoridade competente”.

Finalmente, importa mencionar que esta fase do Programa foi marcada, também, por alto nível de exigência da SG-Cade em termos de padrão probatório para assinatura de acordos de leniência. Entre 2015 e 2019, para cada acordo assinado, uma proposta foi rejeitada. A esse respeito, a OCDE (2019) ressalta que, se por um lado, o Cade busca maior rigor na assinatura do acordo para instaurar casos com maiores chances de condenação pelo Tribunal e de sucesso em revisões pelo Judiciário, por outro lado, o tempo de negociação dos acordos tem sido afetado, podendo chegar a um ano.

Embora os dados analisados limitem-se aos anos de 2015 a

22 Nesse percentual são considerados tanto aqueles acordos relativos a cartéis estritamente internacionais (5) quanto aqueles relativos a cartéis mistos - nacionais e internacionais (2).

23 Para a classificação, foi utilizada a Resolução nº 3, de 29 de maio de 2012, do Cade, que expede a lista de ramos de atividades empresariais para fins de aplicação do artigo 37 da Lei nº 12.529, de 2011.

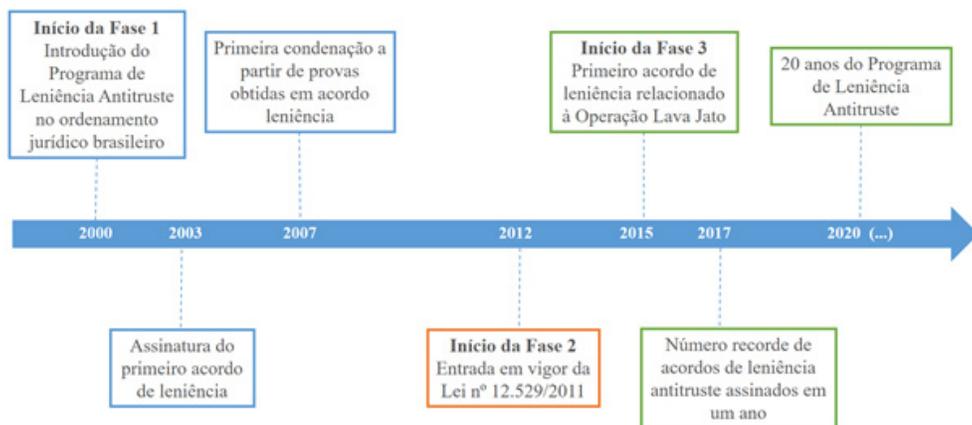
24 Nas Fases 1 e 2 do Programa não foi verificada concentração importante em certos ramos de atividade, tal como se pode observar na Fase 3.

25 Previsto no artigo 86, §§ 7º e 8º da Lei nº 12.529/2011.

2019, acredita-se que a Fase 3 ainda está em curso, apresentando, entretanto, indícios de declínio, porquanto a tendência parece ser de queda de proposituras relacionadas a casos da Lava Jato.

Abaixo, apresenta-se a linha do tempo do Programa, com seus principais marcos.

Figura 3 - Linha do Tempo do Programa de Leniência Antitruste



Fonte: adaptação da linha do tempo “Acordos de Leniência: 15 anos de sucesso”, disponível em CADE (2018b)

Diante dos dados apresentados, é possível constatar que o Programa de Leniência Antitruste passou de uma fase inicial de acordos relativos a cartéis internacionais e privados para a fase atual de acordos que reportam majoritariamente cartéis nacionais e públicos, com predominância em dois mercados (obras de infraestrutura e serviços para construção e fabricação de peças e acessórios para veículos automotores) e relativamente concentrados em determinados proponentes.

A seguir, passa-se à análise da efetividade do Programa, por meio de dois indicadores: (i) a taxa de sucesso do acordo e (ii) a taxa de declaração de cumprimento do acordo.

3. Da efetividade do Programa em detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica

Como visto na Seção 2, um dos objetivos do Programa de Leniência Antitruste - e, na opinião desta autora, o principal -, é “detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica”

(CADE, 2019a, p. 55). Desse modo, buscou-se avaliar em que medida o Programa tem sido capaz de cumprir tal objetivo, com base em dois indicadores: (i) a taxa de sucesso do acordo e (ii) a taxa de declaração de cumprimento do acordo.

Ambos os indicadores são calculados a partir dos Processos Administrativos (PAs) oriundos de acordos de leniência já julgados pelo Tribunal do Cade. Até agosto de 2020, 31 PAs principais oriundos de 34 acordos de leniência foram julgados pelo Tribunal do Cade.²⁶²⁷

A seguir, na seção 3.1, aborda-se a metodologia utilizada para realizar a pesquisa empírica que possibilitou o cálculo dos dois indicadores utilizados como medidas de efetividade do Programa. Na seção 3.2, apresenta-se a taxa de sucesso do acordo e seu resultado. Na seção 3.3, define-se a taxa de declaração de cumprimento do acordo e apresenta-se o seu resultado.

3.1 Metodologia de pesquisa

Para o cálculo dos indicadores apresentados no presente artigo, identificaram-se os PAs iniciados por acordo de leniência ou que contaram com um desses acordos em sua instrução julgados até agosto de 2020, disponíveis no site do Programa de Leniência, seção “Processos Julgados”.²⁸ Por meio da ferramenta de pesquisa pública de processos do SEI²⁹, identificaram-se os votos e as certidões de julgamento dos referidos PAs.

Como resultado da análise documental dos julgados, catalogou-

26 O número de PAs oriundos de leniência julgados não coincide com número de acordos de leniência firmados porque, em certos casos, houve fusão ou desmembramento de casos quando da instauração dos processos administrativos. Ver, por exemplo, PA nº 08012.001377/2006-52, originado do Acordo de Leniência nº 01/2005, que incorporou, por conexão, outros dois 2 acordos assinados: Acordos de Leniência nº 02/2008 e nº 04/2010.

27 Se considerarmos que houve arquivamento em fase de procedimento preparatório de 1 acordo, tem-se que 34,6% do estoque de acordos de leniência já foi julgado. Tal taxa de decisões finais é mais que o dobro daquela constatada por Athayde e Fidelis (2016), de cerca de 16%, em 2016.

28 Disponíveis em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/processos-julgados>. Último acesso em: 17/08/2020.

29 Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0

se, para cada PA, (i) o nº do acordo de leniência; (ii) o nº do PA principal; (iii) o ano de julgamento do PA principal; (iv) o nº do PA desmembrado, quando houve; (v) o ano de julgamento do PA desmembrado, quando houve; (vi) o nº de representados, pessoas jurídicas e físicas, no PA; (vii) o nº de signatários, pessoas jurídicas e físicas, do acordo de leniência; (viii) o nº de compromissários, pessoas jurídicas e físicas, de TCC; e (ix) o nº de condenados, pessoas jurídicas e físicas, no PA. Registrou-se, ainda, (x) se o acordo de leniência foi declarado cumprido ou não; (xi) se houve operação de busca e apreensão; e (xii) se houve aplicação de penalidade não pecuniária a algum dos participantes da conduta.

3.2 Taxa de sucesso do acordo

A taxa de sucesso do acordo visa a verificar se os signatários do acordo de leniência atenderam de fato e a contento aos dois requisitos do Programa que levam à punição das infrações por eles reportadas, quais sejam: (i) identificar os demais participantes da infração; e (ii) apresentar informações e documentos que comprovem a infração³⁰ (BRASIL, 2011). Para fins deste artigo, adota-se indicador de taxa de sucesso de seguinte composição:

$$\text{Taxa de sucesso do acordo} = \frac{N^{\circ} \text{ de condenados} + N^{\circ} \text{ de compromissários de TCC}}{N^{\circ} \text{ de representados}}$$

Sendo que: (i) considera-se, em cada fator, a soma de pessoas físicas e pessoas jurídicas; (ii) o “Nº de representados” é composto pela soma de todos os representados no processo, exceto os signatários do acordo de leniência; e (iii) desconsideram-se, no cálculo, os signatários do acordo de leniência, de modo a isolar sua influência sobre o resultado final.

Vale notar que acordos mais robustos tendem a gerar mais

30 Os demais pré-requisitos para participação no Programa são: por parte do proponente, (i) confessar sua participação no ilícito, (ii) ser o primeiro a se reportar à autoridade em relação à infração; (iii) cessar o seu envolvimento na infração; e (iv) cooperar plena e permanentemente com as investigações durante a instrução processual. A SG-Cade, por sua vez, (v) não pode dispor de provas suficientes para condenar o proponente à época da propositura do acordo. De acordo com o §2º do art. 86 da Lei nº 12.529/2011, todos os requisitos são válidos para pessoas físicas, exceto o (ii) ser a primeira a se reportar à autoridade (BRASIL, 2011).

condenações e, como decorrência, também mais Termos de Compromisso de Cessação (TCC), sucedâneos racionais para representados que desejam evitar custos reputacionais e de condenação. Assim, considerou-se, para efeitos do indicador sugerido, punição em sentido amplo, agregando tanto condenações (imposição de multas e outras sanções) quanto reconhecimento de participação (ou confissão)³¹ em sede de TCC, que obriga, para o encerramento precoce do processo, pagamento de contribuição pecuniária baseada no valor da multa esperada.

A assinatura de TCCs é, portanto, considerada um efeito esperado e benéfico dos acordos de leniência, já que contribui para a instrução dos processos, aportando reconhecimento de participação e novas evidências, além de acarretarem aceleração do resultado útil do processo. Para Athayde, Frade e Thomson (2017, p. 13), tal mecanismo consolidou-se “não apenas como forma de solução antecipada de conflitos, mas também como efetivo instrumento de investigação, complementar ao acordo de leniência”.

Ressalte-se, ainda, que em cerca de 42% dos PAs oriundos de acordos de leniência já julgados foram autorizados e cumpridos mandados de busca e apreensão³² a partir de informações prestadas pelos proponentes³³. Nesse sentido, observa-se que as diligências de busca e apreensão são importantes para confirmar e/ou complementar os elementos aportados pelos signatários e tendem a tornar o conjunto probatório mais robusto e, portanto, mais propenso a induzir TCCs e formar convencimento do colegiado do Cade pela condenação.

Da análise dos 34 acordos de leniência cujos processos foram julgados até agosto de 2020, chegou-se a um resultado médio de 66% de taxa de sucesso, o que demonstra que o Programa vem sendo efetivo em detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica, ainda que guarde espaço para melhorias.

31 A despeito de existirem divergências a esse respeito (ver, por exemplo, Athayde e De Grandis, 2015), para os fins deste trabalho, confissão e reconhecimento de participação na conduta em sede de TCC serão usados como sinônimos.

32 Procedimento previsto no art. 13, inciso VI, alínea “d” da Lei nº 12.529/2011.

33 PAs nº 08012.001826/2003-10, 08012.004702/2004-77, 08012.001376/2006-16, 08012.001377/2006-52, 08012.006130/2006-22, 08700.000729/2016-76, 08012.001029/2007-66, 08012.011027/2006-03, 08012.010932/2007-18, 08012.000820/2009-11, 08700.008004/2017-15, 08700.008005/2017-51, 08700.004617/2013-41.

Apenas 5 desses acordos de leniência não tiveram como resultado condenações e nem TCCs assinados, seja porque se entendeu pela ausência de comprovação de efeitos no Brasil³⁴, seja porque se decidiu pela insuficiência de provas para comprovar a materialidade do cartel.³⁵

Finalmente, cabe mencionar que em 5 dos 31 processos julgados oriundos de leniência houve, além da imposição de multas, a aplicação de pelo menos uma das penalidades não pecuniárias previstas no art. 38 da Lei nº 12.529/2011³⁶, ou em seu equivalente da lei anterior³⁷, a pelo menos um dos representados, dada a gravidade dos fatos ou o interesse público geral da infração.

Entende-se, portanto, neste artigo, que o percentual médio de 66% de taxa de sucesso do acordo é um indicador positivo de efetividade do Programa de Leniência Antitruste, porque sugere que os acordos firmados, por meio das informações e evidências neles aportadas, têm sido capazes, em sua grande maioria, de comprovar a existência do ilícito (e, em casos internacionais, também de efeitos no Brasil) e punir a maioria dos coautores da infração. Seria interessante que pesquisas futuras pudessem realizar uma análise da taxa de sucesso em PAs originados de investigações *ex officio* ou de representações, para que se possa comparar as duas taxas e confirmar a conclusão deste artigo.

34 PAs nº 08012.000773/2011-20 e nº 08012.000774/2011-74.

35 IAs nº 08700.008005/2017-51 e nº 08700.008004/2017-15 e PA nº 08700.010320/2012-34.

36 PAs nº 08012.001826/2003-10 (proibição de contratação com instituições financeiras oficiais e de participação em licitações; e publicação em jornal do conteúdo da decisão), nº 08012.004702/2004-77 (inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; e recomendação de não-concessão ou o cancelamento de benefícios e/ou incentivos fiscais ou subsídios públicos), nº 08012.006130/2006-22 (proibição de participação em licitações públicas por 5 anos), nº 08012.010932/2007-18 (proibição de contratar linhas de crédito em que haja o uso de recursos públicos, e de participar de licitação pública por 5 anos; inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; e recomendação aos órgãos públicos competentes de não concessão de parcelamento de tributos federais devidos, ou de cancelamento de incentivos fiscais ou subsídios públicos) e nº 08700.004617/2013-41 (proibição de participar de licitações públicas envolvendo a aquisição e manutenção de material rodante por 5 anos; e recomendação aos órgãos públicos competentes de não concessão de parcelamento de tributos federais devidos ou de cancelamento de incentivos fiscais ou subsídios públicos por 5 anos).

37 Art. 24 da Lei nº 8.884/1994.

3.3 Taxa de declaração de cumprimento do acordo

O Programa de Leniência Antitruste prevê benefícios administrativos e criminais. Administrativamente, está prevista a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do(s) signatário(s), ou a redução de um a dois terços da pena aplicável (art. 86, §4º da Lei nº 12.529/2011).³⁸ Na esfera criminal, o benefício se traduz na suspensão do curso do prazo prescricional e no impedimento do oferecimento da denúncia com relação ao beneficiário da leniência, nos termos do art. 87 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011)³⁹.

Para que os signatários da leniência façam jus aos benefícios do Programa, o Tribunal do Cade deve, ao final do processo, declarar o cumprimento das obrigações por eles assumidas no acordo de leniência, nos termos do art. 86, §4º, da Lei nº 12.529/2011.⁴⁰ No modelo de acordo de leniência que serve de base para as negociações, as obrigações impostas aos Signatários – que encontram amparo no art. 86 § 3º da Lei 12.529/2011 e art. 206 § 1º do Regimento Interno do Cade - constam nos subitens 8.1 a 8.9. Merecem destaque as seguintes obrigações: confessar e cessar a participação na infração anticompetitiva; detalhar a conduta e identificar os demais participantes; apresentar documentos e informações capazes de comprovar a infração; cooperar plena e permanentemente com as investigações e o PA; e agir com honestidade, lealdade e boa-fé (CADE, 2020).

Dos 34 acordos de leniência que tiveram seus PAs julgados, todos tiveram declarado o seu cumprimento pelo Tribunal, ainda que, em

38 A concessão de imunidade total ou parcial dependerá do conhecimento prévio ou não da infração pela SG-Cade à época da apresentação da proposta de acordo, nos termos do art. 86, §4º da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

39 Quanto a este último, importa destacar que o Ministério Público - federal ou estadual - atua como interveniente anuente nos acordos de leniência firmados pelo Cade, como forma de prover maior segurança jurídica aos signatários, já que, na esfera criminal, é o Ministério Público que detém competência para investigar e oferecer denúncia ao Poder Judiciário sobre a prática de cartel, nos termos do art. 16 da Lei nº 8.137/1990.

40 Antes de o Tribunal do Cade declarar ou não o cumprimento do acordo de leniência pelos signatários, a SG/Cade, responsável pela negociação do acordo e por grande parte da instrução processual, opina sobre se houve ou não o cumprimento das obrigações previstas no acordo. A Procuradoria Federal junto ao Cade e o Ministério Público Federal perante o Cade também emitem pareceres acerca do cumprimento do acordo.

alguns casos, os elementos aportados à investigação pelo acordo não tenham sido capazes de levar à condenação/ confissão de indivíduos ou empresas.⁴¹ Considera-se que tal resultado se deve ao fato de que os signatários de acordo têm elevado incentivo para cumprir com suas disposições. Isso porque incorrem em altos custos (tanto financeiros quanto de oportunidade) para negociar e concluir o acordo⁴². Além disso, uma declaração de descumprimento tem pelo menos duas consequências importantes: (i) perda da imunidade em relação a multas e outras sanções⁴³ e (ii) impedimento de celebração de novo acordo de leniência por três anos⁴⁴.

Entende-se, portanto, neste artigo, que o percentual de 100% de taxa de declaração de cumprimento dos acordos é um indicador positivo de efetividade do Programa de Leniência Antitruste, porque sugere que as contrapartidas requeridas pelo Cade para que os Signatários recebam os benefícios vêm sendo integralmente observadas. Seria interessante que outras pesquisas futuras pudessem realizar uma análise da taxa de cumprimento dos TCCs homologados, para que se possa, então, comparar com a conclusão deste artigo.

41 Nesse sentido, ver os IAs nº 08700.008005/2017-51 e nº 08700.008004/2017-15 e o PA nº 08700.010320/2012-34. Nos dois IA, a SG/Cade concluiu que os documentos juntados aos autos não indicavam a prática de cartel, mas provavelmente de *dual sourcing*. Determinou, portanto, o seu arquivamento, o que foi referendado pelo Tribunal, na medida em que não houve avocação dos inquéritos arquivados. No PA nº 08700.010320/2012-34, o Tribunal exarou entendimento de que, embora o conjunto de indícios tenha sido suficiente para abrir investigação, o conjunto probatório do processo foi insuficiente para condenação. Nos três casos, foi declarado o cumprimento do acordo de leniência.

42 Pode-se citar, como exemplos, os custos de se propor leniência em outras jurisdições, em casos de cartel internacional; o tempo e esforço despendidos nas pesquisas documentais para comprovar a infração; e o processo de convencimento de funcionários para cooperar com as investigações, no caso de proponente pessoa jurídica.

43 Art. 206, § 1º, inciso IX do Regimento Interno do Cade – “disposição de que o não cumprimento pelo signatário das obrigações previstas no acordo de leniência resultará em perda da imunidade com relação a multas e outras sanções” (CADE, 2019).

44 Art. 86 § 12 da Lei nº 12.529/2011: “Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento”. (BRASIL, 2011)

Conclusões

O perfil dos cartéis reportados via acordo de leniência, no que concerne ao mercado geográfico abrangido e ao tipo de cliente afetado, alterou-se com o passar dos anos. Na Fase 1 (2000 - 2011), a maioria dos acordos foi relativa a cartéis internacionais e privados. Na Fase 2 (2012 - 2014), que teve como marco a promulgação da Lei nº 12.529/2011, passou-se, então, a uma maioria de acordos relacionada a cartéis nacionais e privados. Finalmente, na Fase 3 (2015 - atual), os cartéis nacionais e públicos ganharam preponderância, com a operação Lava Jato servindo de catalizador para o aumento expressivo no número de acordos assinados no período. Nessa Fase 3, verificou-se, adicionalmente, relativa concentração em determinados proponentes e predominância de acordos que reportam cartéis nos mercados de obras de infraestrutura e serviços para construção e de fabricação de peças e acessórios para veículos automotores.

Os indicadores propostos demonstram a efetividade do Programa enquanto instrumento de detecção, investigação e punição de infrações contra a ordem econômica: os 34 acordos de leniência cujos Processos Administrativos já foram julgados tiveram elevada capacidade de gerar punição (66% de taxa de sucesso, em média) e foram declarados cumpridos pelo Tribunal em sua totalidade (100% de taxa de declaração de cumprimento).

Importa ressaltar que, em 2019, o Brasil foi aceito como membro associado do Comitê de Concorrência da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Parte do processo de adesão foi a realização, pela Organização, da Revisão por Pares da OCDE, documento que considerou que o Brasil possui um Programa de Leniência Antitruste “ativo e eficaz” e que “grande parte do nível de combate a cartéis no Brasil pode ser atribuído ao sucesso de seu programa de leniência” (OCDE, 2019, p. 23). Tal avaliação corrobora a análise realizada neste artigo sobre a efetividade do Programa de Leniência Antitruste brasileiro.

Isso não significa que o Programa não possua, ainda, desafios e possibilidades de melhorias, que demandam diferentes iniciativas da autoridade antitruste em seu enfrentamento. O primeiro deles reside na tendência internacional, identificada por alguns

autores⁴⁵, de queda no número de proposituras de leniência. Uma queda efetiva de proposituras em jurisdições importantes para o *enforcement* antitruste mundial, como Estados Unidos e Comissão Europeia, pode significar, para o Brasil, redução na detecção de cartéis internacionais, feita principalmente por meio de acordos de leniência.

A promoção do equilíbrio entre persecução pública e privada a cartéis é outra preocupação que demanda esforços do Cade. A autarquia deve buscar, junto ao poder legislativo, a aprovação do Projeto de Lei nº 11.275/2018, que isenta os signatários de acordos da responsabilidade solidária por danos decorrentes de cartel e aumenta o prazo prescricional para ações de reparação por danos concorrenciais. Tal aprovação é complementar à publicação da Resolução Cade nº 21/2018 e da Portaria Cade nº 869/2019, que estabelecem os critérios e procedimentos para acesso a documentos oriundos de acordos de leniência, TCCs e operações de busca e apreensão, na medida em que, sem a mudança legislativa, o mencionado equilíbrio pode não ser alcançado.

O terceiro grande desafio é a instituição de novas formas de articulação com os demais órgãos de investigação a cartéis e crimes relacionados, com vistas a garantir sinergias e evitar sobreposições entre seus diferentes programas de leniência.⁴⁶ É necessário que se estabeleçam estratégias conjuntas para tornar mais eficientes as negociações de acordos, aumentando previsibilidade e segurança jurídica e reduzindo tempo e custo das investigações.

Finalmente, observa-se que novos tipos de arranjos colusivos têm surgido⁴⁷, o que demanda maiores esforços no desenvolvimento e melhoria de ferramentas de detecção complementares à leniência,

45 Ver Frade e Marques (2019), Ysewyn e Kahmann (2018) e Petkoski, Barco e Bello (2019).

46 Nesse sentido, ver discussões acerca do balcão único para leniências, em Cordeiro e Mazzuco (2019); o voto do Ministro Gilmar Mendes no âmbito do Mandado de Segurança nº 35.435-DF (STF, 2018, p. 42), que propugna a necessidade de “contínuo esforço de diálogo entre os órgãos e entidades imbuídos do combate a atos de macrocriminalidade econômica”; e o Acordo de Cooperação Técnica entre TCU, CGU, AGU, Ministério da Justiça e da Segurança Pública e Ministério Público Federal para negociação dos acordos de leniência no âmbito da Lei nº 12.846/2013, assinado, exceto pelo MPF, em 6 de agosto de 2020.

47 Frade e Marques (2019) mencionam quatro deles: trocas de informações concorrenciaismente sensíveis, acordos do tipo *hub and spoke*, uso de algoritmos e acordos de não-contratação (*no-poaching*).

bem como a adoção de novas técnicas de investigação. Por isso, é necessário que se invista mais no Projeto Cérebro⁴⁸, tanto em termos de acesso a mais bases de dados quanto de pessoal disponível para analisar as informações e os indícios detectados. O Clique Denúncia⁴⁹, por sua vez, poderia ganhar em qualidade das informações e das evidências aportadas se fosse regulamentada a remuneração ao denunciante pelas informações prestadas.⁵⁰⁵¹ Ambas as ações contribuiriam para aumentar a percepção de risco de detecção nos infratores⁵², levando-os a reportar seus ilícitos via Programa de Leniência. Além disso, entende-se que a regulamentação da utilização da ação controlada - técnica de investigação baseada no “flagrante esperado” - no Programa de Leniência poderia tornar os acordos mais robustos e melhorar as chances de condenação em Processos deles oriundos.

Assim, considera-se que o enfrentamento dos desafios acima elencados e a preservação de características do Programa responsáveis por sua boa reputação são essenciais para que o Programa de Leniência Antitruste brasileiro se mantenha atrativo e efetivo.

Referências bibliográficas

ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil.**

48 O Cérebro acessa informações de bases de dados de compras públicas federais e utiliza mineração de dados e filtros econômicos para identificar padrões de comportamento suspeitos e indícios de conluio em licitações.

49 O Clique Denúncia permite a qualquer pessoa não participante relatar práticas anticompetitivas, operações de fusão e aquisição não notificadas, descumprimentos de acordos em controle de concentrações firmados com o Cade, dentre outros. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/clique-denuncia/clique-denuncia-capa>. Acesso em: 15.05.2020.

50 A estratégia de remuneração do denunciante de ilícitos antitruste já é adotada em algumas jurisdições. No Reino Unido, por exemplo, os *whistleblowers* - a quem é prometido o anonimato - podem ser recompensados com até 100.000 libras, a depender do valor da informação fornecida e do dano causado pelo cartel aos clientes. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/news/cma-launches-campaign-to-crack-down-on-cartels>. Acesso em 17/05/2020.

51 Tal possibilidade teria respaldo legal no art. 4º da Lei nº 13.608/2018.

52 Conforme destacado por Hammond (2004), um dos pilares de um programa de leniência efetivo é a capacidade da autoridade de instilar o medo genuíno de detecção nos infratores.

Teoria e Prática. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ATHAYDE, Amanda; GRANDIS, Rodrigo de. **Programa de Leniência Antitruste e Repercussões Criminais.** Desafios e Oportunidades Recentes. In: Vinicius Gomes de Carvalho. (Org.). A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. 1ed. São Paulo: Singular, 2015, v. 1, p. 287-304.

ATHAYDE, Amanda; FIDELIS, Andressa. **Nearly 16 years of the Leniency Program in Brazil: Breakthroughs and challenges in cartel prosecution.** Antitrust Chronicle, v. 3, p. 39-45, 2016.

ATHAYDE, Amanda; THOMSON, Diogo; FRADE, Eduardo. **A evolução dos acordos de leniência e dos TCCs nos 5 anos de vigência da Lei 12.529/2011.** In: Celso Campilongo; Roberto Pfeiffer. (Org.). A evolução do antitruste no Brasil. 1ed. São Paulo: Editora Singular, 2018.

BRASIL. **Lei nº12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, Seção 1, p. 1, 01 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 35.435-DF.** Relator: Gilmar Mendes. DJ: 13 abr. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 11.275/2018.** Altera a Lei nº12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Site da Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1703442&filename=PL+11275/2018>. Acesso em: 20.08.2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. Resolução nº 3, de 29 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-3_2012-ramos-atividade.pdf/view>. Acesso em: 10.07.2020.

_____. **Guia: Programa de Leniência Antitruste.** Brasília, Cade, mai. 2016. Atualizado em: jun. 2020. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/>>

guias_do_Cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf>. Acesso em: 22.07.2020.

_____. **Resolução nº 21, de 12 de setembro de 2018.** (CADE, 2018a). Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-21-de-12-de-setembro-de-2018.pdf/view>>. Acesso em: 22.07.2020.

_____. **Anuário Cade 2018.** (CADE, 2018b). Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/anuario-2018.pdf/view>>. Acesso em: 12.08.2020.

_____. **Regimento Interno do Cade (Resolução nº 22/2019).** (CADE, 2019a). Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/REGIMENTOINTERNODOCONSELHOADMINISTRATIVODEFESAECONOMICAINDICESISTEMATICOAtualizado.pdf>>. Acesso em: 12.08.2020.

_____. **Portaria Cade nº 292, de 24 de abril de 2019.** (CADE, 2019b). Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOr4HTCGwttAStcOeC_FHTc-Mn1Bq2CYz4-u4d9ssHEBfOr_PCAPogoDf-AgN6tQsPNUL6-N9yuZ8cDvmAW3wMc>. Acesso em: 03.08.2020.

_____. **Anuário Cade 2019.** (CADE, 2019c). Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/anuario-cade-2019.pdf/view>>. Acesso em: 24.07.2020.

_____. **Portaria Cade nº 869, publicada em 04 de novembro de 2019.** (CADE, 2019d). Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=736758&id_orgao_publicacao=0>. Acesso em: 22.07.2020.

_____. **Modelo Acordo de Leniência 2020.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/modelos-de-acordos/modelo-acordo-de-leniencia-total-mpf-ou-mpe-2020.pdf/view>>. Acesso em: 10.07.2020.

_____. **PA nº 08700.004617/2013-41.** Disponível em: <<https://>

sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwyd10IhRNSr2Q221ByVKByYDYwsa13_Jxv_TD0gMz5Bnf9DkLxr-asuqhGSyxpB7jiO8aqnx0vHf>. Acesso em: 23.08.2020.

_____. **PA nº 08012.001826/2003-10.** Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQingXFAcnei65WbDNaaVIpVdOXYrw9nG1phrNkD9Rilidi7Rs9V>. Acesso em: 23.08.2020.

_____. **PA nº 08012.004702/2004-77.** Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQingCNGrQi2btVxu8jsbLVfQ4Z1PNZAbNYKvfvMrVxptkGPmNsq>. Acesso em: 23.08.2020.

O uso de Cláusulas de Desconto por reparação de danos concorrenciais em Termo de Compromisso de Cessação como instrumento de aperfeiçoamento da política de acordos do Cade com o fomento à persecução privada para reparação por danos concorrenciais

Juliana Rafaela Sara Sales D'Araújo¹

RESUMO

O presente trabalho busca descrever a cláusula de desconto por reparação de danos concorrenciais nos termos de compromisso de cessação e analisar se é um instrumento com capacidade de contribuir com a rede de incentivos para a participação no programa de TCCs após a vigência da Resolução 21. A metodologia de pesquisa teve abordagem qualitativa e quantitativa, com objetivos descritivo e exploratório e de concepção hipotético-dedutiva. Resultados extraídos de 20 TCCs que possuem a cláusula de desconto, com dois tipos redacionais principais. Foram apresentados obstáculos e proposições quanto ao uso e às redações das cláusulas, e limitações da Resolução 21. A conclusão é de que a cláusula possui capacidade limitada para contribuir com a rede de incentivos aos agentes privados, mas que há espaço para aperfeiçoamento institucional, implementando mais transparência, previsibilidade e segurança jurídica no uso da cláusula de desconto.

Palavras-chave: termo de compromisso de cessação; reparação; danos concorrenciais; cláusula de desconto; Resolução 21.

1 Pós-Graduada em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas - FGV, Especialista em Compliance pelo Instituto de Auditoria, Gestão de Risco e Compliance - Instituto ARC, Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Ex-assessora da Presidência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). E-mail: jusalesaraujo@gmail.com

ABSTRACT

The paper aims to describe the discount clause for repairing competitive damages in commitment to cease and to analyse whether it is an instrument capable of contributing to the network of incentives for participation in the commitment program after the validity of Resolution 21. The research methodology had a qualitative and quantitative approach, with objectives of descriptive and exploratory bias and as to the conception it is hypothetical-deductive. Results were extracted from a universe of 20 agreements that have the discount clause, with two main types of text. Obstacles and propositions were presented regarding the use and drafting of the clauses, and limitations of Resolution 21. The conclusion is that the clause has limited capacity to contribute to the network of incentives to private agents, but there is room for institutional improvement to implement more transparency, predictability and legal certainty in the use of the discount clause.

Keywords: termination commitment term; commitment to cease; reparation; competitive damage; discount clause; Resolution 21.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *As Cláusulas detectadas na vigência da Resolução 21/2018 e observações sobre os termos das cláusulas*; 3. *Considerações, obstáculos e proposições*; *Conclusão*; *Referências*.

1. Introdução

O presente estudo está inserido no contexto da consensualidade nas resoluções processuais no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)² e pretende descrever e explorar as cláusulas de descontos por reparação de danos concorrenciais

2 CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. (coord.) Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos - Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos-1.pdf> Acesso em 31/07/2020. P. 121. E GRAU, Eros Roberto. FORGIONI, Paula. O Estado, a Empresa e o Contrato. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. P. 229-248. E PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos substitutivos dão mais eficácia ao direito da concorrência? In: SUNFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André. (Organizadores) Direito da Regulação e Políticas Públicas. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. P. 186-239.

encontradas nos acordos de Termo de Compromisso de Cessação (TTC) e, em seguida, analisar se o uso desse instrumento está sendo capaz de promover uma recomposição de incentivos à participação no programa de acordos após vigência da Resolução 21. Destaca-se que o presente artigo comporta apenas a parte da análise de resultados feita no trabalho de conclusão de curso de Pós-Graduação em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV.

Para a presente pesquisa foram analisados os acordos homologados desde a vigência da Resolução³ até a data da última sessão do primeiro semestre do exercício de 2020, mais especificamente da 130ª Sessão Ordinária de julgamento até a 2ª Sessão Extraordinária de 2020, em 20/07/2020.

O intuito de apresentar a jurisprudência de acordos com a cláusula de desconto conta com a apresentação de dois tipos de cláusulas detectados e, em função da síntese do presente artigo, os resultados da pesquisa serão referenciados com os números dos respectivos processos de requerimento⁴. Ademais, faz-se necessário destacar que a presente pesquisa se limitou aos acordos em TCCs em inquéritos e processos administrativos que cuidam das condutas colusivas enquadradas como cartel, nos termos do art. 36, §3º incisos I e II da lei 12.529/2011 e art. 85 da mesma lei.

2. As Cláusulas detectadas na vigência da Resolução 21/2018 e observações sobre os termos das cláusulas

Os resultados da pesquisa na jurisprudência de TCC após a vigência da Resolução 21 demonstram que aproximadamente um terço dos acordos homologados nesse período possuem a referida cláusula. Ao todo foram detectados 20 termos de compromisso contendo as cláusulas de desconto por reparação de danos inseridas nas cláusulas de Contribuição Pecuniária. Nesse tipo de cláusula que ficam especificadas as condições de pagamento,

3 Resolução publicada no DOU de 19/09/2018, Processo 08700.007941/2016-64.

4 A integralidade das cláusulas de desconto por reparação (versões públicas dos TCCs) estudadas na pesquisa está disponível em tabela anexa à versão completa do trabalho de conclusão de curso apresentado para fins de titulação na Pós-Graduação em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV

como parcelamento, forma de atualização, forma de comprovação, responsabilidade pelo pagamento e eventuais situações de solidariedade, entre outros detalhes que o caso possa demandar.

Os Requerimentos de TCCs foram apresentados em sede de 9 (nove) processos administrativos ou inquéritos administrativos que tramitam na Superintendência Geral, nos termos do art. 180 do Regimento Interno.

O primeiro dado que se extraiu na pesquisa diz respeito ao mérito dos autos, os processos principais relacionados aos requerimentos de TCC com cláusula de desconto são processos que apuram supostos cartéis e práticas de condutas anticompetitivas nos mercados de: (i) contratação de serviços de engenharia e construção civil de edificações de grande porte com características especiais (“Caso CENPES”); (ii) obras públicas de serviços de engenharia e construção para urbanização do Complexo do Alemão, do Complexo de Manguinhos e da Comunidade da Rocinha no Rio de Janeiro/RJ (“PAC - Favelas”); (iii) mercado nacional de obras de construção civil, modernização e/ou reforma de instalações esportivas (“estádios de futebol”) destinados à Copa do Mundo do Brasil de 2014 (“Copa do Mundo”); (iv) mercado de obras de montagem eletronuclear da Usina Angra 3 em licitação da Eletrobrás Termonuclear S.A. - Eletronuclear; (v) mercado de obras civis de infraestrutura e superestrutura ferroviárias, obras de arte especiais e serviços de engenharia para a implantação de Ferrovias licitadas pela Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. (“Valec”); (vi) mercados de serviços de engenharia, construção e montagem industrial “*onshore*”, no Brasil, em licitações da Petrobras; (vii) mercado nacional de produtos médicos e hospitalares, incluindo órteses, próteses e materiais médicos especiais (OPME), aquisição de equipamentos e instrumentais cirúrgicos e equipamentos para diagnósticos *in vivo*; (viii) cartel no mercado nacional de Distribuição de órteses, próteses e materiais médicos especiais (OPME) e (ix) mercado de prestação de serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de portos e terminais aquaviários públicos no Brasil.

Com fundamentação no art. 45, incisos V e VI, da Lei nº 12.529/2011 e no art. 12 da Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018, as cláusulas de desconto por reparação determinavam a porcentagem do desconto que seria aplicado uma única vez ou

mesmo já havia sido aplicado para o cálculo da contribuição⁵. Encontrou-se descontos de 15% e de 20% como porcentagens a serem aplicadas na redução do valor da contribuição. Nota-se que nos termos de compromissos firmados dentro de um mesmo processo administrativo foi aplicada a mesma porcentagem guardando isonomia⁶ de tratamento entre os requerimentos.

Quanto às redações das cláusulas, foram detectadas duas formas padronizadas de redações que se distinguiram em função do momento da aplicação do desconto como atenuante dos termos da Resolução 21/2018.

O primeiro tipo redacional, no qual o valor da contribuição pecuniária foi reduzido já no processo de negociação, foi encontrado em 2 TCCs. Nos termos das cláusulas, infere-se que houve acordo de leniência que deu origem ao desconto de 20% aplicado uma única vez (cláusulas 3.1.3.3 dos Requerimentos 08700.005033/2017-17 e 08700.007696/2017-76). Em função do requerente fazer jus ao desconto durante as negociações, as cláusulas de desconto por reparação apresentaram estrutura mais sucinta e com maior enfoque nos mecanismos de: (i) pagamento da contribuição em uma parcela com o desconto incidente sobre o valor total; (ii) proibição de repetição e de limite do valor descontado; (iii) cominação de multa por descumprimento do acordo de leniência que originou o desconto e, finalmente, (iv) a previsão de declaração de descumprimento total do TCC com o Cade na hipótese de não pagamento da multa. Apresenta-se um exemplo da cláusula com desconto aplicado já em momento de negociação:

“Cláusula Terceira – Das Obrigações das Partes Compromissárias

3.1. Contribuição Pecuniária (...)

3.1.3. Desconto por reparação de danos concorrenciais – Considerando o art. 45, incisos V e VI, da Lei nº 12.529/2011 e o art. 12 da Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018, o valor da contribuição pecuniária foi reduzido em 20%, uma

5 Art. 12. A Superintendência-Geral do Cade e o Plenário do Tribunal do Cade poderão considerar como circunstância atenuante, no momento do cálculo da contribuição pecuniária em sede de negociação de TCC, ou no momento da aplicação das penas previstas nos arts. 37 e 38 da Lei nº 12.529/2011, o ressarcimento extrajudicial ou judicial, devidamente comprovado, no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, considerada nos termos do art. 45, incisos V e VI da Lei 12.529/2011.

6 Exemplo dos casos celebrados no PA 08700.002086/2015-14.

única vez, visto que (ACESSO RESTRITO).

3.1.3.1. O desconto de que trata esta cláusula não poderá ser superior ao valor pago a título de ressarcimento judicial ou extrajudicial e/ou de multa e reparação integral do dano.

3.1.3.2. O desconto incidirá sobre o valor total da contribuição prevista nas cláusulas 3.1.1 e 3.1.2.

3.1.3.3. Em caso de descumprimento posterior do acordo de leniência que tenha dado origem ao desconto por reparação de danos, a Partes Compromissárias deverá pagar ao Cade, a título de multa, o montante correspondente ao dobro o valor do desconto obtido com esta cláusula, corrigido pela SELIC.

3.1.3.4. A multa será aplicada pelo Tribunal Administrativo do Cade após procedimento administrativo de apuração e deverá ser paga no prazo de 30 dias, sob pena de declaração de descumprimento total do Termo de Compromisso.

*3.1.4. De forma a demonstrar o recolhimento da contribuição pecuniária acima, as **Partes Compromissárias** obrigam-se a apresentar ao Cade cópia autenticada do comprovante de pagamento no prazo de até 15 (quinze) dias após a sua realização." (Termo de compromisso de cessação SEI 0688472)*

Conclui-se que esse primeiro tipo de redação foi o menos usado, atingindo 10% dos acordos de TCC realizados no período estudado.

Em relação ao segundo tipo de cláusula estudada, identifica-se que a redação cuida da previsão das condições de aplicação futura do desconto, o que quer dizer que durante a negociação do TCC o compromissário não havia ressarcido danos oriundos da conduta investigada. A forma de aplicação futura do desconto exigiu disposições sobre: (i) condições e hipóteses de ressarcimentos aceitáveis pelo Cade; (ii) forma de comprovação; (iii) proibição de repetição e de limite do valor descontado; (iv) prazo para comprovar cumprimento do acordo de reparação ou de leniência com outras autoridades; (v) qual parcela da contribuição incidiria o desconto; (vi) cominação de multa por descumprimento total posterior do acordo de leniência que originou o desconto e, por fim, (vii) previsão de declaração de descumprimento total do TCC com o Cade na hipótese de não pagamento da multa do item (vi).

Toma-se de exemplo a seguinte cláusula aplicada no requerimento de TCC mais recente com esse tipo redacional:

"3.1. Contribuição Pecuniária (...)

3.1.4. Desconto por reparação de danos concorrenciais – Considerando o art. 45, incisos V e VI, da Lei nº 12.529/2011 e o art. 12 da Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018, o valor da contribuição pecuniária será reduzido em 15%, uma única vez, se comprovada alguma das hipóteses abaixo:

- a) o pagamento ou a celebração de acordo extrajudicial com o fim de ressarcimento por danos concorrenciais;
- b) o pagamento ou a celebração de acordo judicial com o fim de ressarcimento no âmbito das Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais, se pertinente ao caso;
- c) a reparação do dano causado ao erário, conforme apurado pelas respectivas autoridades competentes, nos termos da Lei nº 12.846/2013; ou
- d) a celebração de acordo com o Ministério Público que contemple a reparação de danos causados pela conduta.
- 3.1.4.1. O desconto de que trata esta cláusula não poderá ser superior ao valor pago a título de ressarcimento judicial ou extrajudicial e/ou de multa e reparação integral do dano.
- 3.1.4.2. Em caso de ressarcimento judicial ou extrajudicial no âmbito das ações de reparação por danos concorrenciais, o regular cumprimento das obrigações será atestado pelo juízo competente, pelo juízo arbitral ou pelas vítimas em caso de procedimento ou acordo extrajudicial.
- 3.1.4.3. O desconto incidirá sobre o valor total da contribuição prevista na cláusula 3.1.1 atualizado pela SELIC, incidindo os descontos sobre as três últimas parcelas vincendas, conforme detalhado no Anexo II, sem possibilidade de repetição caso o saldo devedor seja inferior ao valor a ser descontado.
- 3.1.4.4. Em caso de celebração do acordo de leniência, ou congênere, com outros órgãos que contemple reparação de danos causados por fatos relacionados à conduta investigada nestes autos, incidirá o desconto previsto na cláusula 3.1.4 desde que cumpridas as obrigações estabelecidas no Acordo, devendo o compromissário comprovar sua regularidade junto ao Cade em até 60 dias antes do vencimento da parcela em que incidir o desconto conforme Anexo II deste TCC.
- 3.1.4.5. Em caso de descumprimento total posterior do acordo de leniência, ou congênere, a Compromissária deverá pagar ao Cade, a título de multa, o montante correspondente ao dobro do valor do desconto efetivamente obtido com esta cláusula, corrigido pela SELIC.
- 3.1.4.6. A multa será aplicada pelo Tribunal Administrativo do Cade após procedimento administrativo de apuração e deverá ser paga no prazo de 30 dias da intimação da decisão, sob pena de declaração de descumprimento total do Termo de Compromisso.” (Termo de compromisso de cessação SEI 0743126)

Esta redação padronizada para futuros descontos, nas quais variaram a porcentagem do desconto, foi o tipo redacional mais usado, no total de 18 acordos.

Outro aspecto relevante das cláusulas é a possibilidade de parcelamento das contribuições pecuniárias, posto que reflete diretamente sobre a extensão temporal do compromisso e sobre onde

ficará firmada a possibilidade do desconto. Uma das consequências do parcelamento é o aumento da probabilidade de que a cláusula do desconto seja usada, questão será tratada na seção a seguir. O importante nesse momento é saber que foram aplicadas variadas formas de parcelamento, como parcelas anuais, semestrais e parcela única (a ser paga em até 90 dias a contar da data de publicação da homologação deste Termo no Diário Oficial da União). Mapeou-se também a possibilidade de arranjo no qual as parcelas têm valores distintos⁷.

Em relação ao número de parcelas já usadas nos acordos de TCC, são os resultados encontrados: parcela única; 2 (duas) parcelas anuais; 4 (quatro) semestrais; 20 (vinte) parcelas anuais; 22 (vinte e duas) parcelas anuais; 5 (cinco) parcelas anuais; 11 (onze) parcelas anuais; 18 (dezoito) parcelas anuais; 7 (sete) parcelas anuais; 6 (seis) parcelas anuais; 16 (dezesesseis) parcelas anuais; 8 (oito) parcelas anuais; 3 (três) parcelas anuais e 9 (nove) parcelas anuais. Acrescenta-se que foi mapeada a hipótese da primeira parcela ser paga num intervalo de dois anos, o que poderia em alguns casos estender os prazos por mais dos anos de cumprimento do acordo.

Em relação à incidência do desconto previsto na cláusula, notou-se que há a possibilidade de o desconto já ter sido aplicado na parcela única (no período de negociação já havia acordo de leniência que daria origem ao desconto). Mas também foram encontradas redações que determinavam estritamente em quais parcelas poderia incidir o desconto, como na última parcela ou nas três últimas parcelas vincendas. De outra forma, foram identificadas cláusulas que não determinavam especificamente em quais parcelas o desconto viria a ser aplicado, preconizando apenas que incidiria sobre as últimas parcelas vincendas⁸ ou que incidiria sobre o saldo remanescente⁹.

No que concerne às hipóteses que fazem jus ao desconto, as cláusulas do segundo tipo redacional preconizam que, quando comprovadas, são capazes de gerar o desconto:

a) o pagamento ou a celebração de acordo extrajudicial com o

7 Requerimento de TCC n° 08700.008074/2016-84, Requerente OAS, 1ª (Primeira) proposta de TCC.

8 Requerimento n° 08700.004341/2016-44.

9 Requerimento n° 08700.005045/2016-61.

-
- fim de ressarcimento por danos concorrenciais;*
b) *o pagamento ou a celebração de acordo judicial com o fim de ressarcimento no âmbito das Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais, se pertinente ao caso;*
c) *a reparação do dano causado ao erário, conforme apurado pelas respectivas autoridades competentes, nos termos da Lei nº 12.846/2013;*
d) *a celebração de acordo com o Ministério Público que contemple a reparação de danos causados pela conduta.*

Em relação ao acordo de leniência com outros órgãos que contemple reparação de danos causados por fatos relacionados à conduta investigada nos autos, os TCCs do Cade preveem prazo para comprovar a regularidade de 60 (sessenta) dias antes do vencimento da parcela em que se efetuará o desconto. Nos dois casos em que o desconto já fora aplicado, infere-se que a comprovação deva ter sido feita durante as negociações do termo de compromisso com o Cade. Também para esses casos de acordos de leniência há consequências no TCC do Cade se houver o descumprimento com outros órgãos públicos, que são a aplicação de multa (equivalente ao dobro do valor descontado) e a declaração de descumprimento do TCC no caso de não pagamento da multa.

Para os casos de ressarcimento judicial ou extrajudicial no âmbito das ações de reparação por danos concorrenciais, não foram identificados prazos limites para comprovar o cumprimento, mas foram especificadas com quais meios as comprovações serão aceitas, quais são:

“3.1.6.2. Em caso de ressarcimento judicial ou extrajudicial no âmbito das ações de reparação por danos concorrenciais, o regular cumprimento das obrigações será atestado pelo juízo competente, pelo juízo arbitral ou pelas vítimas em caso de procedimento ou acordo extrajudicial.” (A exemplo do Requerimento nº 08700.003679/2016-89, TCC SEI nº 0549008).

No que concerne ao valor que resultará do desconto, observou-se a aplicação de limites e vedações. Estão vedadas repetições de valores que ultrapassem o desconto previsto no seguinte termo: “3.1.6.3. O desconto incidirá sobre o valor total da contribuição prevista na cláusula 3.1.1 atualizado pela SELIC, incidindo os descontos sobre as últimas parcelas vincendas, sem possibilidade de repetição caso o saldo devedor seja inferior ao valor a ser descontado.” (a exemplo do Requerimento nº 08700.003679/2016-89, TCC SEI nº 0549008). Ou

seja, caso o valor a ser descontado pelo compromissário ultrapasse o valor que resta a ser pago nas últimas parcelas do TCC, este compromissário não poderá reaver do Fundo de Direitos Difusos a diferença já paga. A segunda vedação é “3.1.6.1. O desconto de que trata esta cláusula não poderá ser superior ao valor pago a título de ressarcimento judicial ou extrajudicial e/ou de multa e reparação integral do dano. ” (Requerimento nº 08700.003679/2016-89, TCC SEI nº 0549008).

Acerca dos compromissários e suas respectivas contribuições, destaca-se que houve distinções na especificação de quais contribuições serão alcançadas pelo eventual desconto por reparação. Foi detectado que a maioria dos casos o desconto alcança o valor total das cláusulas que indicam os valores das contribuições das pessoas jurídicas em conjunto com os valores das contribuições das pessoas físicas¹⁰. Em outros três TCCs, as cláusulas discriminam que o eventual desconto incidirá apenas sobre a contribuição da pessoa jurídica compromissária¹¹.

3. Considerações, obstáculos e proposições

Após explorar os aspectos redacionais das cláusulas, cumpre-se a proposta do presente trabalho de analisar a capacidade da cláusula de desconto por reparação de danos acrescer aos fatores que incentivam um representado a participar do programa de TCCs do Cade.

Em síntese, o problema sob o qual se desenvolve o presente trabalho é: a cláusula de desconto por reparação de danos concorrenciais pode ser considerada como mais um instrumento eficaz/capaz em compor os incentivos de participação no programa de TCCs após a Resolução que promove fomento às ações privadas de reparação por danos concorrenciais?

10 Requerimentos que o desconto recai sobre o total das contribuições previstas para pessoas físicas e jurídicas: 08700.000714/2019-51; 08700.007696/2017-76; 08700.005033/2017-17; 08700.004337/2016-86; 08700.002014/2016-58; 08700.001880/2016-21; 08700.003677/2016-90; 08700.005078/2016-19; 08700.005045/2016-61; 08700.004341/2016-44; 08700.007078/2016-45; 08700.007077/2016-09; 08700.008159/2016-62; 08700.008066/2016-38; 08700.008645/2016-81; 08700.008074/2016-84; 08700.008223/2016-13.

11 Requerimentos PJ 08700.008645/2016-81; 08700.003679/2016-89; 08700.008074/2016-84.

Para essa seção, há de se ter em mente os incentivos¹² que levam um representado em processo administrativo sancionador antitruste buscar a via da consensualidade e da cessação da conduta por meio do TCC¹³, como ter um processo administrativo arquivado, evitar extensão de longos processos judiciais com custos elevados de defesa, repercussões nas esferas civil e penal¹⁴, dirimir danos reputacionais bem como afastar a chance de eventual reincidência. Soma-se ao quadro de incentivos a realidade que a Resolução 21 inseriu na política de acordos do Cade¹⁵, elevando a probabilidade de processos de reparação por danos concorrenciais com a regulamentação do acesso às provas em desfavor dos signatários e compromissários¹⁶. E em seguida, analisar se a inserção da cláusula

12 Para aprofundamento sobre a rede de incentivos para a participação no programa de acordos do Cade, indica-se a leitura do capítulo 1 “Política de Acordos do Cade” do trabalho de conclusão de curso.

13 FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva: 2017. p.67-68. PALMA, Juliana Bonacorsi de. Acordos substitutivos dão mais eficácia ao direito da concorrência? In: SUNFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André. (Organizadores) Direito da Regulação e Políticas Públicas. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. P. 186-239. RUFINO, Victor Santos; MENDES, Francisco Schertel Ferreira. Evolução das normas sobre TCCs em cartéis após a Lei 12.529/2011. In: CARVALHO, Vinícius Marques de. (Org.) A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. São Paulo: Singular, 2015. FRADE, Eduardo; DE ANDRADE, Diogo; ATHAYDE, Amanda. A evolução dos acordos de leniência e dos TCCs nos 5 anos de vigência da Lei 12.529/2011. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Ricardo (Org.). A evolução do antitruste no Brasil. São Paulo: Singular, 2018. SAITO, Carolina. O termo de compromisso de Cessação de prática e o reconhecimento de culpa. Revista do IBRAC Direito da Concorrência, Consumo e Comercio Internacional. São Paulo, ano 18, v. 20, p. 13-49, jul.-dez. 2011.

14 SANTOS, Bruno Droghetti Magalhães. Termos de Compromisso de Cessação em investigações de cartéis: tratamento de seu compartilhamento com o Ministério Público. In: DRAGO, Bruno de Luca. A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial. Bruno de Luca Drago, Bruno Lanna Peixoto (coord.). São Paulo: Singular, 2018. p. 338.

15 Para compreensão do novo cenário é indicado o artigo ATHAYDE, Amanda; MAIOLINO, Isabela. Ressarcimento voluntário de danos e acordos no Cade – O que isso significa para as ações de reparação de dano por conduta anticompetitivas no Brasil? Portal JOTA, 10 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ressarcimento-voluntario-de-danos-e-acordos-no-cade-10122018>>. Acesso em: 24 de out. 2020.

16 Sobre como foi o entendimento da autoridade antitruste sobre a concessão de acesso a documentos antes da Resolução 21/2018, indica-se o artigo: ATHAYDE, Amanda. FIDELIS, Andressa. MAIOLINO, Isabela. Da teoria à realidade: o acesso a documentos de acordos de leniência no Brasil. Mulheres no Antitruste – Vol. I. 2018. Disponível em: [<https://www.womeninantitrust.org/>] Acesso em: 16 set. 2020.

de desconto se firma na jurisprudência como mais um instrumento capaz de incentivar o representado se tornar compromissário.

Observando a interação entre o fomento às ações de reparação e o programa de acordos do Cade, entende-se que a abertura de procedimentos para o compartilhamento das provas abriu grande espaço para que os próprios compromissários colaboradores fossem os mais prejudicados com o compartilhamento. Uma vez que os compromissários de TCC assinam termos em que admitem participação na conduta investigada e que não estão nem penal, nem civilmente imunes em razão do TCC.

Na avaliação do presente estudo, entende-se que a ideia de inserir o desconto nos termos dos TCCs enfrenta alguns obstáculos para que se torne um efetivo instrumento de realinhamento de incentivos para participação do programa de acordo de TCCs.

O primeiro deles é o tempo de vigência do TCC, principalmente em relação à condição de pagamento e do parcelamento. Excluindo os casos em que o compromissário já esteja em processo de negociação de acordo de leniência com outra autoridade que inclua reparação de danos e, por causa disso, já faça jus ao desconto na negociação com o Cade, os demais casos de TCC enfrentaram um não pareamento no tempo em relação às ações de reparação de danos que provavelmente não existam durante a negociação em curso, ou mesmo os processos de arbitragem que nem sequer existam.

Dessa forma, entende-se que por questões temporais dos processos judiciais e extrajudiciais de reparação, há grandes chances que o termo de TCC tenha sua vigência findada antes mesmo de o compromissário poder usar a cláusula de desconto. Para além dos aspectos da incipiência da cultura do *enforcement* privado¹⁷, da diversidade de agentes com legitimidade ativa¹⁸ para as ações reparatórias, da responsabilidade civil solidária dos signatários

17 Conforme lecionam Gaban e Domingues (2012, P. 278-281), esse quadro incipiente de proposituras de ações necessita de uma mudança cultural de persecução civil dos danos. Nesse sentido também é o entendimento de Paula Forgioni (FORGIONI, 2015, P. 155)

18 Para mais detalhes sobre a questão da legitimidade, vide: OLIVEIRA, Isabela Monteiro. Efeitos guarda-chuva e direito da concorrência no Brasil: os possíveis impactos nas ações de responsabilidade por danos concorrenciais. In: MAIOLINO, Isabela (Coord). Mulheres no Antitruste. Volume II. São Paulo: Singular, 2019. Disponível em: < <https://www.womeninantitrust.org/publicacoes> >. (P. 205-236) acesso em 14 de setembro de 2020.

e compromissários, é preciso ressaltar que existem os fatores processuais de prescrição¹⁹ e de comprovação do montante do dano a ser reparado que dificultam a projeção exata com que as ações de reparação civis judiciais e extrajudiciais irão começar e terminar.

Ademais, o problema da indefinição do prazo prescricional é um fator de elevada insegurança jurídica aos prejudicados, o que compromete ainda mais a previsão de quando os compromissários estarão respondendo ações de reparação, quanto mais a previsibilidade de quando estarão em vias de pagamento de danos. O que se afere com a realidade do judiciário brasileiro é de que as ações de reparação não se originam facilmente antes ou durante o julgamento dos processos administrativos do Cade e nem mesmo são findadas durante uma negociação de TCC. De modo que, observando o tempo do processo administrativo sancionador antitruste e o tempo das ações de reparação de danos, pode-se considerar que a cláusula de desconto por reparação tem baixa probabilidade de ser usada.

Como observado no guia de TCCs, a regra geral da forma de pagamento da contribuição pecuniária é de que o parcelamento pode atingir até 2 (dois) anos e que, para casos excepcionais, poderia haver prazo de 4 (quatro) anos. Diante da expressividade do Guia de que prazos maiores serão absolutamente excepcionais e específicos, é preciso observar que há a necessidade de compatibilizar com prazos mais extensos caso queira tornar a cláusula de desconto um mecanismo que efetivamente contribua na recomposição dos incentivos à colaboração por TCC após a Resolução 21.

É como um *trade off* ao Conselho na situação de admitir parcelamentos mais longos para que a cláusula de desconto por reparação seja mais um ponto atrativo para o compromissário, porque do contrário, tratar-se-á de uma cláusula inexecutável diante do diferimento do tempo que as ações de reparação demandam, pois em sua maioria são ajuizadas após os julgamentos do processo principal com a condenação de representados e com a publicação dos

19 Vide PEIXOTO, Bruno Lanna; ROSA, Renato Xavier da Silveira; SILVA, Ludmilla Martins da. Ações reparatorias por danos concorrenciais: termo inicial do prazo prescricional. In DRAGO, Bruno de Luca. (coord.) A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concursal. São Paulo: Singular, 2018. E CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel. São Paulo: Singular, 2016.

nomes dos signatários da leniência e dos compromissários. Nesse sentido, para que a cláusula tenha potencial de ser usada os Termos de Compromisso precisariam se estender pelo mesmo período provável em que aconteceriam as ações de reparação, arbitragem, pagamento de reparação em leniência em outros órgãos. Ou seja, se houvesse esse pareamento temporal entre o cumprimento do TCC e com as ações judiciais e extrajudiciais de reparação, aumentariam as chances de a cláusula de desconto ser usada.

Há de se ressaltar que os TCCs que foram analisados por este trabalho foram arrançados em configurações de parcelamento que são extensos, de até 22 anos de cumprimento, o que os fazem capazes de criar mais chances de exequibilidade à cláusula de desconto. Entretanto, se o Cade pretender estender esse incentivo/atenuante a todos os casos de cartéis, o Conselho teria que enfrentar uma resignificação da regra geral de parcelamento de até dois anos do Guia. Tal reajuste das formas de parcelamento, no entender dessa pesquisa, não se trataria de uma benesse ou abrandamento do acordo com os representados, mas sim um reajuste dos termos do programa, de modo que internalizasse mais um incentivo à participação e colaboração para os representados.

Esse realinhamento dos critérios de pagamento com a cláusula de desconto por reparação também não geraria uma mitigação sobre o caráter dissuasório da contribuição pecuniária, mas sim seria mais uma manifestação da evolução da política de acordos do Cade, que comporta ajustes razoáveis que investem maior proporcionalidade aos TCCs, respeitando a capacidade contributiva dos compromissários, aumentando a chance de permanência no regular cumprimento do acordo. Tratar-se-ia também da oportunidade ao Cade de firmar em Guia a consideração de não onerar sobremaneira o compromissário que pode vir a arcar com diversificados compromissos judiciais, extrajudiciais e principalmente com outras autoridades públicas.

Diante desse primeiro obstáculo, entende-se que a cláusula de desconto de TCC da forma em que está prevista na Resolução com a leitura em conjunto com a regra geral de parcelamento do Guia seria um instrumento um tanto quanto tímido para elevar incentivos para que os representados façam TCCs com o Cade após a instituição da Resolução.

Outro obstáculo que a pesquisa detectou, trata-se de uma

limitação do artigo 12 da Resolução para fundamentação de descontos gerados por acordos de leniência com outros órgãos que demandam reparação de danos. A previsão do artigo 12 é de que será considerado o ressarcimento extrajudicial ou judicial, devidamente comprovado, no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, não havendo citação expressa quanto aos acordos de leniência com outros órgãos. Conforme explorado na Seção 2, foram detectados dois TCCs em que foi aplicado o desconto de 20% por já haver acordo de leniência com outra autoridade. Há de destacar que a fundamentação nas cláusulas de desconto desses dois casos esteve no art. 12 da Resolução 21, entretanto não há na Resolução a previsão de que acordos com outros órgãos públicos seriam considerados como hipóteses de concessão de desconto como atenuante. Rememorando-se que a Resolução tem o esboço de fomentar a articulação entre persecução pública e privada, com as ações civis de reparação por danos concorrenciais.

Ainda em relação a esses dois casos em que foram detectados o maior percentual (20%) dado em descontos, destaca-se que são os casos dos quais se infere que a reparação de danos foi em sede de acordos de leniência com outros órgãos públicos. Já os casos que a previsão de reparação seja em sede de acordos judiciais e extrajudiciais o desconto ficou em 15%. Diante desse fato, entende-se que o *enforcement* privado ficou com porcentagem menor do que na situação de articulação das persecuções públicas²⁰. O que por essencialidade vai contra aquilo que Resolução propõe, que é o fomento à articulação com o *enforcement* privado. Isto pode levar a uma possível análise de que o compromissário que adimplir mais reparações no âmbito de ações civis de reparação de danos concorrenciais e extrajudiciais (por exemplo em arbitragens) faria jus a menor desconto do que a aquele que firmou leniência com um órgão público, com base no que foi detectado na jurisprudência recente.

20 Ademais, notou-se que não há fundamentação para a definição dos valores em 15% e 20%, mas, através da presente pesquisa, infere-se que esses percentuais foram inspirados em formatações adotadas pelas autoridades do Reino Unido e da Alemanha conforme apresentado na Nota Técnica 24 e na Exposição de Motivos (SEI 0273871), entretanto os percentuais foram aplicados sem uma análise de impactos sobre o Programa de TCC e sua gradação de descontos com base em critérios de amplitude e da utilidade da colaboração dos compromissários.

Ainda sob o tema da grande diversidade de agentes legitimados ativamente para apresentar demandas de ressarcimento de danos, destaca-se que a consequência desse fato é que justamente os colaboradores em sede de TCC ficam suscetíveis a diversas demandas de reparação juntamente com o signatário da leniência. A respeito dessa pluralidade de demandas, não há na cláusula de desconto um mecanismo que garanta proporcionalidade em relação ao número de ações de ressarcimento. Nota-se que bastaria um ressarcimento comprovado para gerar o desconto, o que do ponto de vista do compromissário pode ser considerado um reforço aos incentivos a fazer um TCC.

Ainda em aspectos de redação da cláusula, a presente pesquisa registra um obstáculo em relação aos casos de celebração de acordo extrajudicial e judicial com o fim de ressarcimento. Este entendimento não se aplica às hipóteses em que o pagamento já foi realizado e demonstrado em autos de TCC, mas sim aos casos em que foi provada apenas a celebração de acordo com o fim de ressarcir danos. Na interpretação das cláusulas restaria ausente um mecanismo de cancelamento da concessão do desconto na hipótese de descumprimento de qualquer um desses acordos que gerou o abatimento. Em outras palavras, para os casos de celebração de acordos, extrajudicial (alínea a das cláusulas 3.1.5) e judicial (alínea b das cláusulas 3.1.5) com o fim de ressarcimento no âmbito das Ações Cíveis de Reparação por Danos Concorrenciais (ACRDC), não há previsão de penalidades no TCC em caso de descumprimento desses acordos em específico. Há de se ponderar que pendências de reparação civil e de descumprimento de acordos poderiam gerar consequências e desconstituir o direito ao benefício do desconto que foi concedido. Entretanto, sem a previsão expressa em TCC da hipótese de descumprimento de acordos judiciais e extrajudiciais, pode-se ter dificuldades de definição do descumprimento em sede de processo administrativo de apuração. Dessa forma, seriam desfeitos em partes os esforços do Cade em fortalecer os mecanismos de apoio às ações de persecução privada e abriria brecha para que compromissários inadimplentes em acordos de reparação tenham acesso a vantagens por descontos nos TCCs.

Mais um obstáculo a ser enfrentado é a ausência de critérios de previsibilidade e de segurança jurídica sobre os percentuais que são usados. Notou-se que a adoção de 15 ou de 20% sobre o total de

contribuições não possui fundamentação ou mesmo previsão que justifique sua proporção. A exemplo do que foi exposto acima, caso a aplicação de 20% se justifique por ser pagamento à vista e não por que é leniência com outro órgão, nota-se a necessidade de haver transparência na justificativa dos descontos.

Outro exemplo da necessidade de explanação é a detecção do tratamento isonômico dentro do mesmo processo administrativo, concedendo descontos iguais para os TCCs feitos em mesmo processo principal. O que se questiona é se o desconto isonômico será inserido como regra nos futuros TCCs ou se, pensando nos critérios de conveniência e oportunidade, os compromissários que chegarem depois para a colaboração teriam menores descontos que aqueles que chegaram primeiro no processo. A proposição que deriva dessa análise é de que, caso a cláusula se estenda aos futuros casos de TCC, o Guia possua atualização clarificando quais os critérios que fazem jus a um desconto de determinada porcentagem, sendo reparações no âmbito público ou privado, relações por ordem de chegada e se haveria valorização de reparações já realizadas durante a negociação do TCC.

Sobre a política de acordos do Cade, rememora-se que o programa de TCCs precisa observar as justificativas e pilares (ATHAYDE, 2019)²¹ do programa de Acordo de Leniência de modo a não desconstituir a atratividade que a posição de primeiro colaborador possui. Conforme foi observado ao longo da evolução institucional, ajustes de termos e condições tiveram que ser feitos para que os programas fossem desenvolvidos, vide a inclusão do

21 Indica-se a leitura do Capítulo 1 do trabalho de conclusão de curso, no qual são apresentadas as bases da política de acordos nos termos angariados por Athayde (2019). Em conformidade com o que Athayde (2019) leciona, para a estruturação de um Programa de Leniência efetivo, são necessários três pilares fundamentais. A efetividade de um programa demanda que haja alto risco de detecção da prática ilícita pela autoridade competente com o emprego de métodos investigativos diversos (ativos e reativos). É preciso que exista um ambiente em que os administrados tenham a percepção do risco de serem descobertos. O segundo pilar é o receio de severas punições para os representados que forem condenados, de forma que os administrados que optarem por incorrer no ilícito tenham em conta que as penas aplicáveis superarão eventuais vantagens advindas da conduta. O terceiro pilar exige que o programa seja transparente, previsível e juridicamente seguro, ou seja, os administrados precisam ter clareza acerca do processo de negociação.

reconhecimento de participação na conduta nos TCCs²².

Nesse contexto e em relação ao objeto desse estudo, entende-se que a cláusula de desconto em TCCs não chega a afetar diretamente a relação de preservação dos acordos de leniência que celebram a extinção da ação punitiva da administração pública, uma vez que esses acordos não envolvem pagamento de contribuição pecuniária.

Entretanto, há de se observar que a aplicação de cláusula de desconto por reparação em TCCs pode afetar o quadro de incentivos que sustentam os casos de leniência com redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, que são os casos em que a Superintendência já possui conhecimento prévio da infração notificada²³, a chamada “leniência parcial”. Não obstante a redução de um a dois terços continue sendo um fator de maior atratividade que o maior desconto possível dado ao primeiro compromissário de TCC sob aspectos contributivos, há de se ressaltar que a ausência de previsão de um desconto por ressarcimento de eventuais reparações de danos para o leniente parcial pode configurar eventual tratamento menos atrativo sob aspectos civis, uma vez que tanto signatários de leniência quanto compromissários de TCC estão sujeitos às ações de reparação de danos.

Outro aspecto é que o próprio leniente fica ainda mais vulnerável porque se apresenta antes à autoridade para colaborar. Diante disso, a presente pesquisa observa que para esses casos de leniência parcial, que envolvam pagamento de contribuição reduzida, será necessário equalizar essa espécie de incentivo por desconto por reparação, de modo que a atratividade do programa de leniência continue sendo preservada com os avanços dos incentivos ao programa de TCCs.

Após a exposição de todas as considerações, obstáculos e proposições, o presente estudo propõe responder de forma não exaustiva as questões levantadas na introdução do trabalho de conclusão de curso, como forma de sintetizar as observações feitas pela pesquisa.

22 ATHAYDE, Amanda; DE GRANDIS, Rodrigo. Programa de Leniência antitruste e repercussões criminais: desafios e oportunidades recentes. In: CARVALHO, Vinicius Marques de. (Org.) A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. São Paulo: Singular, 2015. P. 287-304.

23 Termos do art. 86, §4º da Lei 12.529/11 e páginas 20-21 do Guia de Leniência.

Conclusão

Ao ser usada já em um terço dos processos de acordos de TCCs homologados pelo Tribunal após a vigência da Resolução, concluiu-se que a cláusula de desconto por reparação se trata de instrumento avalizado no Cade dentro de sua política de acordos.

Entretanto, a aplicação requer que os parâmetros sejam institucionalizados, o que seria na direção da publicidade e segurança jurídica a inclusão da cláusula no Guia de TCCs para cartéis.

Como ficou a atratividade – construída por anos – dos programas de colaboração e cessação de leniência e de TCC diante da institucionalização do acesso às provas para instrução de ações de reparação de danos por condutas anticompetitivas?²⁴

Entende-se que a amostra de acordos aqui analisada não teria a capacidade de fornecer uma conclusão sobre como ficou a atratividade. Acredita-se que essa análise está em aberto e demandará futuras pesquisas que envolvam quadros comparativos entre ações de reparação que façam uso das provas fornecidas sob a vigência da Resolução 21. Ademais, acredita-se que será necessário aguardar o julgamento dos novos casos diante da limitação feita pelo entendimento de que a resolução não retroage sobre os acordos firmados antes da sua vigência²⁵.

A Resolução foi suficiente em transparência e efetividade ao prever em seu artigo 12 a possibilidade de circunstância atenuante de desconto por reparação de dano para os compromissários de TCC?

O presente estudo apontou que há necessidade de ajustes de redação e de diferimento do tempo por meio de parcelamentos para que a cláusula de desconto possa ser considerada efetivamente uma atenuante nos TCCs, excetuados aqueles que já arcaram com ressarcimento durante o período de negociações.

24 Com o propósito de preservar a coesão e a coerência com o estudo realizado no trabalho de conclusão de curso, optou-se por manter a conclusão na formatação de respostas às perguntas que introduziram e permearam o texto original.

25 Pontua-se que a Resolução teve seu alcance modulado pelo Tribunal no julgamento do Processo 08700.007938/2016-41, na Sessão de 11 de dezembro de 2019, nos termos do qual, por unanimidade, foi decidido que a resolução seria aplicada apenas nos acordos celebrados após a publicação da resolução.

Como preservar a atratividade do programa de TCCs com a instituição da Resolução 21?

O presente estudo firmou considerações de que será necessário ter respeito a um dos pilares que fundam a política de acordos, o pilar da Transparência, Previsibilidade e da Segurança Jurídica nos termos lecionados por Athayde (2019). Será necessário prover balizas claras e possibilidades de aplicação da cláusula de desconto por reparação, de modo que possa entrar para o rol de mecanismos efetivos de incentivo à colaboração com a autoridade. E por isso, propõe-se a inclusão da cláusula no Guia de TCCs.

As redações das cláusulas nos TCCs adotadas conciliaram o fomento às ACRDC e o ingresso na política de TCC?

Conforme exposto, considera-se que a conciliação dos incentivos à participação na política de acordos do Cade necessitará de esforços institucionais e modificações legislativas, para além do ajuste de aperfeiçoamento da cláusula de desconto por reparação.

A cláusula tem capacidade de atingir o maior número de acordos feitos pelo Cade?

Acredita-se que a extensão do uso dessa cláusula em novos acordos de TCC dependerá da disposição em Guia para tratar com mais transparência a possibilidade de inserção da atenuante de desconto.

A fórmula adotada é capaz de acrescentar um ponto positivo para que o representado participe do programa de TCCs? Ante o diferimento no tempo em que costumam ocorrer as ações de reparação de danos, a cláusula de desconto tem chance de ser efetivamente aplicada?

Conforme estudado, a probabilidade da cláusula ser usada depende do tempo do acordo e do parcelamento do TCC em relação às ações de reparação e processos de arbitragem que envolvam a mesma conduta. Há disparidade entre o tempo dos acordos e o tempo dos processos de ressarcimento caso seja usada apenas a regra geral do Guia de TCC. Para mais, a divisão da contribuição em parcelas pode preservar a capacidade contributiva do compromissário e assim prover mais um incentivo para que ele se mantenha adimplente com o Conselho.

Dessa forma, na atual configuração estudada, entende-se que as cláusulas de desconto podem ser encaradas como um instrumento tímido e de caráter limitado aos aspectos estritamente financeiros

do TCC, o que não teria, ainda, significativa repercussão na atratividade.

Ante todo o exposto, entende-se que o tratamento da cláusula de desconto por reparação de danos como atenuante demandará do Cade novos exercícios de aperfeiçoamento e de harmonização com os demais programas de colaboração e com o eventual Guia de Dosimetria²⁶.

Por fim, dentro do contexto da interação entre a política de acordos de TCC com a promoção da ação privada pela Resolução 21, a cláusula de desconto por reparação de danos concorrenciais pode ser considerada como mais um instrumento eficaz/capaz em compor os incentivos de participação no programa de TCCs após a Resolução 21? Entende-se que a presente pesquisa demonstra uma capacidade limitada da cláusula de desconto para ser um instrumento que contribua com a rede de incentivos aos agentes privados participarem do programa de TCCs. Mas a pesquisa também demonstra que há espaço para o aperfeiçoamento contínuo da cláusula e das diretivas institucionais de modo que o desconto possa ser considerado mais um elemento significativo de incentivo a fazer TCC.

Como considerações finais, a presente pesquisa também pontua que esperar que uma cláusula de desconto por reparação fosse capaz de sozinha reverter todo o refluxo de desincentivos, causados pelo compartilhamento de provas associado com reconhecimento de participação na conduta, seria uma expectativa demasiadamente alta e apenas focada em dimensões financeiras do acordo. Por isso, entende-se que com a pesquisa, abre-se ainda mais o debate sobre a questão de que a rede de incentivos que recobrem os TCCs precisa de passos além dos financeiros e puramente da autoridade antitruste após a disciplina dos procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos acordos. E que a atratividade do programa de leniência e de TCC necessita de aperfeiçoamentos para além das questões institucionais, mas também em aspectos de avanço legislativo sobre limites à responsabilidade dos lenientes e

26 No ano de 2020 foi submetido à consulta pública a proposta de uma publicação institucional, chamado Guia de Dosimetria de Multas de Cartel, vide: < <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-estende-prazo-para-contribuicoes-a-versao-preliminar-do-guia-de-dosimetria-de-multas-de-cartel> >.

compromissários, como as alterações propostas no Projeto de Lei 11275/2018.

E, finalmente, ante todo o exposto e com base na interpretação da Resolução e na jurisprudência que foi explorada no presente trabalho, faz-se a proposição de atualização do Guia de TCC, de modo a implementar mais transparência, previsibilidade e segurança jurídica aos futuros compromissários em relação à cláusula de desconto por reparação de danos concorrenciais, bem como para firmar mais um passo na evolução institucional da política de acordos na defesa da concorrência.

Referências

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

ATHAYDE, Amanda. FIDELIS, Andressa. MAIOLINO, Isabela. **Da teoria à realidade: o acesso a documentos de acordos de leniência no Brasil**. Mulheres no Antitruste - Vol. I. 2018. Disponível em: <<https://www.womeninantitrust.org/>> Acesso em: 16 de set. 2020.

ATHAYDE, Amanda; DE GRANDIS, Rodrigo. **Programa de Leniência antitruste e repercussões criminais: desafios e oportunidades recentes**. In: CARVALHO, Vinicius Marques de. (Org.) A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. São Paulo: Singular, 2015. P. 287-304.

ATHAYDE, Amanda; MAIOLINO, Isabela. **Ressarcimento voluntário de danos e acordos no Cade - O que isso significa para as ações de reparação de dano por conduta anticompetitivas no Brasil? Portal JOTA**, 10 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ressarcimento-voluntario-de-danos-e-acordos-no-cade-10122018>>. Acesso em: 24 de out. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Guia de Negociação de TCCs**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf> Acesso em: 16 de set. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **NOTA TÉCNICA N° 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/Cade.** Processo n° 08700.007941/2016-64, disponível sob numeração SEI (0272239).

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Programa de Leniência Antitruste do Cade.** Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf>. Acesso em: 16 de set. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Resolução n° 21, de 11 de setembro de 2018.** Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-21-de-12-de-setembro-de-2018.pdf/view>> Acesso em: 16 de set. 2020.

BRASIL. **Lei n° 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.** Diário Oficial, Brasília, 1 nov. 2011 (retificado em 2 dez. 2011). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art128>. Acesso em: 16 de set. 2020.

CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. (coord.) **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos** – Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cade_-_defesa_da_concorrenca_no_brasil_50_anos-1.pdf> Acesso em: 16 de set. 2020.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel.** São Paulo: Singular, 2016.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste.** 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRADE, Eduardo; DE ANDRADE, Diogo; ATHAYDE, Amanda. **A evolução dos acordos de leniência e dos TCCs nos 5 anos de vigência da Lei 12.529/2011.** In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Ricardo (Org.). *A evolução do antitruste no Brasil.* São Paulo: Singular, 2018.

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

GABAN, Eduardo Molan e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste.** São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. FORGIONI, Paula. **O Estado, a Empresa e o Contrato.** São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

OLIVEIRA, Isabela Monteiro. **Efeitos guarda-chuva e direito da concorrência no Brasil: os possíveis impactos nas ações de responsabilidade por danos concorrenciais.** In: MAIOLINO, Isabela (Coord). *Mulheres no Antitruste.* Volume II. São Paulo: Singular, 2019. Disponível em: <<https://www.womeninantitrust.org/publicacoes>>. (P. 205-236) acesso em 14 de set. de 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Acordos substitutivos dão mais eficácia ao direito da concorrência?** In: SUNFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André. (Organizadores) *Direito da Regulação e Políticas Públicas.* São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

PEIXOTO, Bruno Lanna; ROSA, Renato Xavier da Silveira; SILVA, Ludmilla Martins da. **Ações reparatorias por danos concorrenciais: termo inicial do prazo prescricional.** In DRAGO, Bruno de Luca. (coord.) *A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrential.* São Paulo: Singular, 2018.

RUFINO, Victor Santos; MENDES, Francisco Schertel Ferreira. **Evolução das normas sobre TCCs em cartéis após a Lei 12.259/2011.** In: CARVALHO, Vinícius Marques de. (Org.) *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência.* São Paulo: Singular, 2015.

SAITO, Carolina. **O termo de compromisso de Cessação de prática e o reconhecimento de culpa.** *Revista do IBRAC Direito da Concorrência, Consumo e Comercio Internacional.* São Paulo, ano 18, v. 20, p. 13-49, jul.-dez. 2011.

SANTOS, Bruno Droghetti Magalhães. **Termos de Compromisso de Cessação em investigações de cartéis: tratamento de seu compartilhamento com o Ministério Público.** In: DRAGO, Bruno de Luca. *A livre concorrência e os tribunais brasileiros: análise crítica dos julgados no Poder Judiciário envolvendo matéria concorrencial.* / Bruno de Luca Drago, Bruno Lanna Peixoto (coord.). São Paulo: Singular, 2018.

Relaxamento dos requisitos para aceitação da *Failing Firm Defense*: uma discussão inócua em tempos de crise

Letícia Ribeiro Versiani¹

RESUMO

Com a crise gerada pelo COVID-19, espera-se um aumento do uso da *failing firm defense* (FFD) para justificar a aquisição de concorrentes em dificuldades financeiras. Um debate recorrente é se, em épocas de crise, o elevado standard de provas exigido para aceitação da FFD pelas autoridades antitruste deve ser relaxado. Esse artigo argumenta que esse debate é inócua. A resistência em alterar o standard de provas é uma resposta racional de autoridades, que visam evitar a ocorrência de erros tipo II em suas análises, ainda que isso possa levar a um aumento de erros tipo I. A discussão, portanto, não deveria se pautar em um possível relaxamento dos standards e sim, em como, em um contexto de risco e incerteza, podem existir outros mecanismos que possam diminuir a probabilidade de erros do tipo II e deixar a autoridade com garantias suficientes para aprovar a operação.

Palavras-chave: Crise econômica; defesa da concorrência; controle de fusões; *failing firm defense*; erros do tipo I; erros do tipo II.

ABSTRACT

With the COVID-19 crisis it is likely there will be an increase of the *failing firm defense* (FFD) to justify acquisitions of competitors with financial difficulties. A recurring debate is whether the high standard of proof required, by antitrust authorities, to accept the defense should be relaxed in times of crisis. This article argues that this debate is pointless. The reluctance to alter the standard

¹ Mestre em Regulação pela London School of Economics and Political Science (LSE), Coordenadora Antitruste no Cade. E-mail: leticia.versiani@cade.gov.br

of proof is a rational response of the authorities that aim to avoid type II errors in their analysis, even if this leads to an increase of type I errors. The discussion, therefore, shouldn't focus on the flexibilization of standards but on how, in the context of risk and uncertainty, there might be other mechanisms that can reduce the probability of type II errors, and leave the authority with enough guarantees to approve the merger.

Keywords: Economic crisis; competition protection; merger control; failing firm defense; type I errors; type II errors.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *A Teoria de Failing Firm*; 3. *FFD em tempos de crises econômicas*; 4. *FFD, Autoridades da concorrência e Erros do tipo II*; *Considerações Finais*; *Referências Bibliográficas*.

1. Introdução

O mundo está passando por uma situação sem precedentes com a pandemia do Covid-19. Especialistas são unânimes em afirmar que a economia mundial sofrerá uma crise severa, com efeitos econômicos e sociais que ainda não podem ser estimados com precisão.

Segundo dados da Secretaria da Organização Mundial do Comércio (OMC)², o comércio mundial de bens deve se contrair entre 13% e 32% em 2020, dependendo da duração e severidade da pandemia. A Secretaria afirma também que o PIB mundial poderá se contrair entre 4.8% e 11% no mesmo período.

O impacto econômico no Brasil também será grande. Segundo o Fundo Monetário Internacional (FMI)³, o PIB do país deve se contrair 5,3% em 2020, o que será a maior retração desde 1962, quando PIB passou a ser disponibilizado pelo BACEN. O Ministério da Economia fez estimativa semelhante: queda de 4,7% no PIB

2 <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/04/comercio-mundial-deve-cair-ate-32-neste-ano-por-coronavirus-preve-omc.shtml> Acessado em 25/05/2020

3 <https://www.dw.com/pt-br/fmi-prev%C3%AA-que-pib-do-brasil-vai-encolher-53-em-2020/a-53117996> Acessado em 18/06/2020

nacional.⁴ Oliveira Junior e Esteves (2020) afirmaram que os efeitos da pandemia na economia brasileira poderão ser muito piores do que os inicialmente previstos pelos economistas. Os autores ressaltaram ainda que, com a crise, as empresas enfrentarão maior nível de ociosidade e menores margens de lucro, o que afetará a capacidade de investimento e, em muitos casos, a sobrevivência no mercado.

Um dos resultados esperados dessa grande crise econômica, portanto, é que muitas empresas serão forçadas a sair do mercado ou a vender parte ou a totalidade de seus negócios. Com isso, poderá haver um aumento de casos notificados às autoridades antitruste.

Como ressaltado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, as autoridades antitruste devem se preparar não só para um aumento de casos de fusões e aquisições, como também para novos desafios nessas análises. (OCDE, 2020)

Para a OCDE, alguns dos principais desafios a serem enfrentados pelas autoridades antitruste no cenário pós-Covid serão: i) a avaliação do impacto de fusões na concorrência em um momento em que os mercados estarão em constante mudança; ii) a implementação de remédios eficazes em cenários de incerteza, e iii) a inclusão de outros objetivos de políticas públicas, além do impacto na concorrência, nas análises de fusões e aquisições.

Além das questões citadas acima, a OCDE cita também que, com a crise, as empresas passarão a usar com mais frequência o *failing firm defense* (FFD) como justificativa para adquirir concorrentes que estejam em dificuldades financeiras. Caberá à autoridade avaliar se os standards de prova usados até hoje para análise da justificativa de failing firm são instrumentos apropriados para avaliar as aquisições de empresas em dificuldades financeiras em um cenário pós-Covid. (OCDE, 2020)

A *failing firm defense* (FFD) pode ser traduzida como “defesa da empresa em crise” ou “teoria da empresa em crise”. Essa linha de defesa é utilizada como justificativa para certos atos de concentração que, por gerar um grande aumento de concentração em determinado mercado, poderiam não ser aprovados ou serem aprovados com a imposição de restrições. As partes procuram demonstrar que a

4 <https://www.dw.com/pt-br/governo-prev%C3%AA-queda-de-47-no-pib-em-2020/a-53428974> Acessado em 18/06/2020

operação é a única forma de evitar a saída dos ativos da empresa objeto do mercado e que, portanto, sua aprovação será menos prejudicial ao mercado do que deixar a empresa falir. (OLIVEIRA JUNIOR, 2014)

Contudo, a aceitação dessa linha de defesa por autoridades antitruste tem sido baixa. Além disso, o standard de provas exigido pelas autoridades para provar a FFD é considerado bastante elevado. (OCDE, 2020). Em função desse elevado ônus de prova, são poucos os casos que são aceitos pelas autoridades antitruste ao redor do mundo, inclusive no Brasil. (OCDE, 2020; GONÇALVES e QUEIROZ, 2018).

Uma questão que já está sendo debatida é se o elevado standard de provas exigido para aceitação da FFD pelas autoridades antitrustes deverá ser relaxado no período pós crise para impedir a falência de inúmeras firmas. (OCDE, 2020; OLIVEIRA JUNIOR e ESTEVES, 2020; Webinar IBRAC⁵; Webinar WIA⁶)

A crise econômica de 2008 gerou discussões semelhantes pelas autoridades antitrustes do mundo. Naquela época, em discussões realizadas no âmbito da OCDE (OCDE, 2010) as autoridades afirmaram que não havia justificativa para relaxar os standards de aceitação da FFD, uma vez que havia outros instrumentos, como lei da falência e subsídios, para ajudar empresas em dificuldades financeiras.

O mesmo entendimento parece se manter na atual crise. Manifestações recentes de algumas autoridades antitrustes, como será visto no artigo (*Federal Trade Commission (FTC)* dos Estados Unidos, *Comissão Europeia, Competition and Markets Authority* do Reino Unido (CMA) e *Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)* do Brasil, confirmam a resistência em alterar o standard de provas, apesar da crise gerada pela pandemia.

Nesse contexto, é importante perguntar porque as autoridades,

5 *The Failing Firm Theory – How to Benefit from the Theory on Post-Crisis Scenarios without False-Negatives*. Webinar organizado pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) realizado em 21 de agosto de 2020. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=qZHUIbHik1o>. Visualizado em 28 de agosto de 2020.

6 *Failing Firm Theory*. Webinar organizado pela organização Women in Antitrust Brazil (WIA) em 27 de agosto de 2020. Disponível em <https://www.youtube.com/channel/UCeODG0OV9IM8bWNCqOrHTQ/featured>). Visualizado em 30 de agosto de 2020.

mesmo em situações de crise econômica, demonstram grande resistência em relaxar o standard de provas da FFD, ainda que se argumente que a aceitação dessa defesa poderia impedir a falência de inúmeras firmas no mercado.

Esse artigo argumenta que essa resistência é uma resposta racional de autoridades regulatórias⁷ que visam evitar a ocorrência de erros tipo II em suas análises, ainda que isso possa levar a um aumento de erros tipo I. Dessa forma, os reguladores não têm nenhum incentivo em diminuir a carga probatória da FFD. De fato, como será demonstrado, em situações de maior risco e incerteza, como em um cenário de crise, as autoridades estarão ainda menos inclinadas a relaxar as regras para aceitação da FFD.

À vista disso, este artigo propõe que a discussão não deve se pautar sobre eventual relaxamento das regras para aceitação da FFD. Ao contrário, a discussão deve se focar em identificar mecanismos alternativos que, em um contexto de risco e incerteza, possam diminuir a probabilidade de erros do tipo II e, dessa forma, deixar a autoridade com as garantias suficientes para decidir da melhor forma.

Para desenvolver esses argumentos o presente artigo se divide da seguinte forma: a seção dois apresenta o conceito de *failing firm defense* e como ela tem sido analisada no Estados Unidos, Europa e Brasil. A seção três foca em como a FFD tem sido considerada em épocas de crise, e, a seção quatro mostra que as autoridades, em situações de crise e incerteza, preferem reduzir erros do tipo II e, com isso, não têm estímulos para reduzir a carga probatória da FFD. Por fim, a seção cinco conclui o trabalho.

2. A Teoria de *failing firm defense*

Como já mencionado, a *failing firm defense* (FFD) pode ser traduzida como “defesa da empresa em crise” ou “teoria da empresa em crise”. Ela é utilizada pelas empresas para justificar um ato de

7 Para efeitos deste artigo, autoridades de concorrência são consideradas autoridades regulatórias, conforme definição de regulação de Baldwin, Scott e Hood (2011, p.3), “regulação se refere à promulgação de um conjunto de regras e de um mecanismo, tipicamente uma agência pública, para monitorar e promover observância das regras” (tradução livre)

concentração que, de outra forma, não seria aceito pela autoridade antitruste, em função dos elevados riscos à concorrência que a operação geraria no mercado. (OLIVEIRA JUNIOR, 2014)

A ideia por trás da teoria é que a crise financeira ou administrativa de certas empresas pode resultar em seu pedido de falência que, por sua vez, pode gerar grandes perdas no âmbito social e econômico, com a demissão em larga escala e a saída do mercado de um competidor. (PLASTINA JUNIOR e LEAL, 2018). Dessa forma, a aquisição dessa empresa, ainda que por um concorrente próximo, pode ser mais benéfica à concorrência do que deixar a empresa falir e sair do mercado. (OLIVEIRA JUNIOR, 2014).

A defesa de *failing firm* é uma defesa afirmativa, como argumentado por Sullivan, Hovenkamp e Shelanski, e é usada apenas quando a operação é uma ameaça à concorrência e, portanto, corre o risco de não ser aprovada. (SULLIVAN, HOVENKAMP e SHELANSKI, 2009, p.87)

As partes procuram demonstrar que a operação é a única forma de evitar a saída dos ativos da empresa objeto do mercado. A autoridade antitruste deve analisar qual seria mais benéfico para a concorrência e o consumidor: (i) a manutenção dos ativos da firma no mercado, (ii) a transferência dos ativos para outras firmas do mercado, ainda que elevem a concentração; ou iii) a saída dos ativos do mercado relevante. (FERNANDES, 2013).

2.1 *Failing Firm Defense* nos Estados Unidos

O primeiro caso em que os argumentos favoráveis à FFD foram utilizados de forma sistematizada foi em 1930, nos Estados Unidos, no julgamento do caso *International Shoe Co. e Federal Trade Commission* (FTC) pela Suprema Corte. A operação envolveu a aquisição, pela empresa *International Shoe Co.*, da quase totalidade do capital social de sua concorrente, a empresa *W.H Mc Elwain Company*, que estava passando por uma crise financeira. A operação, segundo o FTC, era prejudicial à concorrência e, portanto, não deveria ser aprovada. A Suprema Corte, contudo, reverteu a decisão em função da alta probabilidade de falência da empresa objeto da operação e da ausência de um comprador alternativo. (OLIVEIRA JUNIOR, 2014)

Os critérios de aplicação da FFD, contudo, só foram explicitados pela Suprema Corte em 1969, no caso *Citizen Publishing Co. v United*

States. Nesse caso, a Suprema Corte indicou que, para estabelecer a FFD, é necessário comprovar que: (i) a empresa adquirida está em eminente perigo de falência; (ii) não há probabilidade de que a recuperação da firma seja bem sucedida; e (iii) não há comprador alternativa que seja menos prejudicial à concorrência. (GONÇALVES e QUEIROZ, 2019).

Esses critérios foram utilizados, posteriormente, pelo FTC e pelo *Department of Justice* (DOJ) no *Horizontal Merger Guidelines* de 1992 (revisado em 1997). Segundo o documento, são necessárias quatro condições para aceitar a defesa de *failing firm*: (i) impossibilidade da empresa honrar os seus compromissos financeiros em um futuro próximo; (ii) incapacidade da firma se reorganizar por meio de falência ou recuperação; (iii) comprovação de que a empresa empreendeu esforços para receber outras ofertas menos danosas à concorrência (e que mantivessem os ativos da empresa no mercado); e (iv) comprovação de que, ausente a operação em análise, os ativos da empresa objeto sairiam do mercado, prejudicando os consumidores. (PLASTINA JUNIOR E LEAL, 2018).

Esse último critério, contudo, não é mais utilizado. Na nova versão do *Horizontal Merger Guidelines* de 2010, apenas três requisitos foram definidos para aceitação da FFD: (i) a empresa objeto não tem condições de cumprir com suas obrigações financeiras em um futuro próximo; (ii) a empresa não tem capacidade de se reorganizar por meio de falência ou recuperação; (iii) a empresa empreendeu esforços para obter outras ofertas menos danosas à concorrência para manter os ativos no mercado.

Contudo, cabe ressaltar que, conforme demonstrado por Oliveira Junior (2014),

Uma vez preenchidos os requisitos (1), (2) e (3) listados acima, a saída dos ativos da empresa em crise do mercado relevante será uma consequência inevitável, daí a necessidade de mencioná-la, porquanto está implícita (p. 75).

Apesar dos critérios estarem bem delimitados nos *Guidelines* americanos, a defesa não é muito utilizada e, quando é, são poucos os casos em que ela é aceita pelo FTC, DOJ e poder Judiciário norte-americano. (OLIVEIRA JUNIOR, 2014)

Os critérios norte-americanos, contudo, serviram de base para outras autoridades como será detalhado a seguir.

2.2 *Failing Firm Defense* na Europa

A teoria da *Failing Firm Defense* foi considerada pela Comissão Europeia pela primeira vez apenas em 1991, 61 anos depois da decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *International Shoe*. O caso em que a defesa foi alegada foi o *Aerospatiale-Alenia/De Havillan*. Apesar de ainda não haver uma definição dos requisitos necessários para aceitar a FFD, a Comissão Europeia, rejeitou a defesa ao entender que (i) a *De Havilland* (empresa objeto) teria condições de permanecer no mercado sem a operação e (ii) existiam outras empresas que poderiam adquirir a *De Havilland* com consequências menos danosas à concorrência. (OCDE, 2010)

Todavia, dois anos depois, a Comissão Europeia aceitou a defesa e aprovou uma operação com base na FFD. No julgamento de *Kali und Salz*, em 1993, a Comissão Europeia entendeu que (i) a empresa objeto sairia do mercado em um futuro próximo, caso não fosse adquirida por outra; (ii) caso a empresa objeto saísse do mercado, sua participação de mercado seria incorporada pela adquirente; e (iii) não existia opção de comprador que fosse menos danosa à concorrência. (OCDE 2010).

Observa-se que a Comissão incluiu o critério de que o *market share* da empresa objeto teria que ser totalmente absorvido pela adquirente, caso a primeira saísse do mercado. Segundo o *Court of Justice*, que defendeu a decisão da Comissão nesse caso, o objetivo desse critério era garantir que não havia uma relação de causalidade entre a operação e uma futura deterioração do mercado em termos competitivos. (OCDE, 2010)

Conforme explicado por Kyprianides (2012), a Comissão Europeia, com base no *European Community Merger Regulation* (ECMR), só pode proibir uma operação quando há uma relação clara de causalidade entre a operação e uma futura deterioração das condições concorrenciais do mercado e do bem-estar do consumidor. Por outro lado, ainda que a operação cause danos ao ambiente competitivo, se for possível provar que, mesmo sem a operação, haveria danos iguais ou maiores à concorrência, então não há causalidade entre a operação e o prejuízo concorrencial. Nesses casos, a autoridade não pode proibir a operação.

Dessa forma, a análise do contrafactual é fundamental na análise de atos de concentração na Europa. O contrafactual mostra o que

aconteceria no mercado caso a operação não acontecesse. Se for possível demonstrar, no caso da FFD, que os danos concorrenciais ao mercado com a operação seriam iguais ou superiores sem a operação, o ato deve ser aprovado.

Depois de *Kali und Salz*, a Comissão Europeia só voltou a aceitar a FFD em 2001, quando aprovou a operação *Basf/Eurodio/Pantochim*. Nesse caso, contudo, o critério de “absorção de participação de mercado” não foi utilizado por ser considerado muito restritivo. A Comissão entendeu que era suficiente demonstrar que os ativos da empresa saíram do mercado e que não havia uma opção menos restritiva à fusão das empresas. (OCDE 2010).

Atualmente, a teoria da *failing firm* está descrita no *Horizontal Merger Guidelines* da Comissão Europeia. O requisito básico para aceitação dessa linha de defesa é mostrar que a deterioração da estrutura concorrencial do mercado após a operação não foi causada por esta. Como explicado por Oliveira Junior (2014):

Essa análise deve ser correlacionada a um estudo (counterfactual analysis) sobre o que aconteceria ao mercado caso não houvesse a operação. Apenas se a concorrência no mercado, em razão da concentração decorrente da aprovação da operação, ficar pior do que estaria no caso de inexistir a operação, haveria razões para vetá-la. (p. 119)

O parágrafo 89 do *Horizontal Merger Guidelines* deixa claro que a Comissão pode aprovar uma operação considerada problemática para a concorrência, caso uma das empresas esteja em dificuldades financeiras. (WISH e BAILEY, 2012). Os critérios exigidos para que a FFD seja aceita estão descritos nos *Guidelines*. São eles: (i) Sem a operação a empresa sairia do mercado em função de suas dificuldades financeiras; (ii) Não há opção menos danosa à concorrência e (iii) sem a operação, os ativos da empresa, inevitavelmente, sairiam do mercado.

Um exemplo mais recente em que a Comissão Europeia aceitou a defesa de *failing firm* foi, em 2013, na operação envolvendo a aquisição da companhia área grega *Olympic Air*, por sua rival *Aegean Airlines*. Uma análise inicial demonstrou que a operação teria o condão de impedir a concorrência em vários trechos domésticos, em função da alta participação das requerentes. Contudo, a investigação também mostrou que, sem a operação, a *Olympic* sairia do mercado, em função de sua delicada situação financeira, resultado da crise

grega. Dessa forma, a Comissão Europeia entendeu que a operação poderia ser aprovada, uma vez que não havia comprador alternativo e que várias tentativas de vender a empresa para outro comprador haviam sido feitas. Além disso, a Comissão mostrou que, sem a operação, a empresa sairia do mercado. (OCDE, 2020)

2.3 *Failing Firm Defense* no Brasil

A teoria da *failing firm* foi incluída no Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade (Guia H) de 2016, com a nomenclatura Teoria da Empresa Insolvente.

Segundo o Guia H, a prática internacional e a jurisprudência do Cade adotam extrema cautela na aplicação da teoria. O Guia determina os seguintes critérios para aceitação da FDD:

- (i) Caso reprovada a operação, a empresa sairia do mercado ou não poderia cumprir suas obrigações financeiras em decorrência de suas dificuldades econômicas e financeiras;
- (ii) Caso reprovada a operação, os ativos da empresa não iriam permanecer no mercado, o que poderia significar uma redução da oferta, um maior nível de concentração e uma diminuição do bem-estar econômico; e
- (iii) Se a empresa demonstrar que empreendeu esforços na busca de alternativas com menor dano à concorrência (por exemplo, por meio de compradores alternativos ou de um processo de recuperação judicial) e que não resta outra solução para a manutenção de suas atividades econômicas que não a aprovação da operação.

Além dos três requisitos listados acima, o Guia H esclarece que o requisito de efeitos líquidos não-negativos também deve ser preenchido. Ou seja, os efeitos concorrenciais de uma reprovação da operação, e consequente falência da empresa, devem ser piores do que a concentração resultado da operação.

Segundo Gonçalves e Queiroz (2019), um dos primeiros casos em que a FDD foi analisada pelo Cade foi, no julgamento do Ato de Concentração nº 44/1995, em 17 de dezembro de 1997. A operação envolveu a aquisição, pela Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira, de ativos da Mendes Junior Siderurgia S.A. A *failing firm defense*, foi suscitada uma vez que a Mendes Junior estava em situação de

insolvência. O argumento, contudo, não foi aceito. O Conselheiro-relator do caso, Conselheiro Renault de Freitas Castro, com base no *Guideline* norte-americano, entendeu que as requerentes não demonstraram que a operação era a única alternativa possível para manter a empresa objeto no mercado.

A FFD foi discutida em alguns outros casos⁸ mas a linha de defesa só foi aceita pelo Tribunal do Cade em 2008, na operação de aquisição, pela Votorantim Metais Zinco S/A, da massa falida de Mineração Areiense S/A. Pela primeira vez, uma operação foi aprovada com base na doutrina de *failing firm*. Conforme explicado por Oliveira Junior (2014), ainda que outros motivos tenham sido considerados para aprovar a operação, esse foi o primeiro caso em que o Tribunal constatou o preenchimento de todos os requisitos para aplicar a FDD. Contudo, o autor ressaltou que “o caso não tratava exatamente de uma *failing company*, mas sim do que se pode chamar de *failed company*.” (p.107), uma vez que a operação era referente à aquisição de uma massa falida.

Mais recentemente, a teoria foi discutida pelo tribunal na operação de aquisição, pelo Grupo Petromex, das ações da Companhia Petroquímica de Pernambuco. A Superintendência-Geral do Cade, em seu parecer, afirmou que, apesar de haver elementos de *failing firm defense* nos argumentos das requerentes, não havia, nos autos, comprovação de que, sem a operação, a empresa objeto seria incapaz de manter suas obrigações financeiras e que seus ativos sairiam do mercado. No julgamento pelo Tribunal, o conselheiro João Paulo Resende, em seu voto vogal, teceu diversos comentários sobre a aplicação da FDD. Segundo o Conselheiro, não havia dúvidas de que a empresa objeto se encontrava em dificuldades financeiras. Contudo, a aceitação da FDD não depende apenas de uma situação de desequilíbrio financeiro.

Segundo o Conselheiro, “A teoria da *failing firm defense* não exige tão somente que se demonstre prejuízos acumulados, mas que a falência levaria a uma situação concorrencial pior que a concentração trazida pelo ato de concentração.” No caso analisado,

8 AC 0044/1995 julgado em 17/19/1997; AC 0092/1996, julgado em 15/04/1998; AC 0084/1996, julgado em 12/08/1998; AC 08012.007374/1997-34, julgado em 30/9/1998; 08012.005205/1999-68, julgado em 1/6/2005; AC 08012.000304/1998-8, julgado em 23/07/2008; AC 08012.007520/2009-62, julgado em 25/01/2011; e AC 08012.004423/2009-18 julgado em 13/07/2011 (OLIVEIRA JUNIOR, 2014)

o Conselheiro entendeu que, além de não haver comprovação de dois requisitos citados pela SG, também não houve comprovação de que a Petrobras empreendeu todos os esforços na busca de alternativas menos danosas à concorrência. Constava nos autos apenas uma petição da Petrobrás explicando que o processo de venda ocorreu da seguinte forma: em um primeiro momento houve contato com potenciais interessados nos ativos. Em seguida houve apresentação de infomemo às empresas que demonstraram interesse e credenciamento das empresas que apresentaram propostas não vinculantes para a etapa de *due diligence*. Por fim, houve apresentação de propostas vinculantes após a etapa de *due diligence*. Depois de todas essas etapas, apenas duas empresas teriam apresentado propostas.

Segundo o Conselheiro, o simples fato de ter havido um processo de venda que estava aberto a outras propostas não é suficiente para demonstrar que as partes empreenderam todos os esforços na busca de alternativas menos danosas à concorrência. Dependendo de como um processo de venda é estruturado, e dos condicionantes impostos, o processo de venda exclui diversos compradores interessados. De acordo com o Conselheiro, nos Estados Unidos, para se concluir que uma operação é a única alternativa viável, considera-se qualquer proposta que supere o valor de venda dos ativos se forem destinados ao uso fora do mercado relevante, o que não foi feito no caso em análise.

Conclui-se, dessa forma, que, ainda que o voto do Conselheiro tenha sido vencido, ficou claro que o Cade está cada vez mais rigoroso no standard de provas necessário para aceitar a FDD.

2.4 Conclusão da seção

Como se pode observar, a FFD surgiu nos Estados Unidos com o julgamento do caso *International Shoe Co. e Federal Trade Commision*. A doutrina foi sendo desenvolvida ao longo dos anos e influenciou outras jurisdições, como a Comissão Europeia e o Cade. A jurisprudência analisada demonstra que as autoridades têm sido bastante rigorosas ao analisar o pleito, exigindo uma elevada carga probatória para sua aceitação.

Isso nos leva a questionar se as autoridades mantiveram a rigorosidade da análise em situações de crise. Na próxima seção essa questão será analisada.

3. FFD em tempos de crises econômicas

Após períodos de crise econômica, espera-se um aumento de concentrações econômicas envolvendo empresas em dificuldades financeiras e, com isso, um aumento no uso da FFD como justificativa para aprovação de uma operação que, normalmente, não seria aprovada pelas autoridades antitruste. (OCDE, 2010)

De fato, o debate sobre um eventual relaxamento dos critérios para aceitação da FFD costuma ser reciclado em épocas de crises econômicas e financeiras. A crise de 2008 gerou discussões pelas autoridades de antitruste do mundo. No contexto atual, a questão que já está sendo debatida é se, após a crise causada pela pandemia do Covid-19, o elevado standard de provas exigido para aceitação da FFD deverá ser relaxado para impedir a falência de inúmeras firmas.. (OCDE, 2010, 2020).

Contudo, o que se percebe é que, mesmo em períodos de crise, as autoridades antitruste têm grande resistência em alterar as regras para aceitação dessa linha de defesa.

3.1 Crise de 2008 e a FFD

Após a crise financeira mundial de 2008, em discussões realizadas no âmbito da OCDE (OCDE, 2010), as autoridades afirmaram que não havia justificativa para relaxar os standards de aceitação da FFD, uma vez que havia outros instrumentos, como lei da falência e subsídios, para ajudar empresas em dificuldades financeiras. De fato, as autoridades da União Europeia, Estados Unidos e Brasil não alteraram suas regras após a crise.

Essa relutância em alterar as regras gerou críticas do setor privado.

O *Business and Industry Advisory Committee* (BIAC), entidade não governamental internacional que representa empresas e ocupa posição consultiva perante a OCDE, afirmou, na Roundtable da OCDE sobre FDD de 2009, que o elevado standard de provas exigido pela maioria das autoridades antitruste, impede que empresas usem o argumento de FDD para justificar uma operação, mesmo nos casos em que a defesa poderia ser usada. Segundo o Comitê, os critérios para aceitação da teoria são difíceis de serem atendidos e o ônus da prova para as partes muito elevado, especialmente para

empresas em dificuldades financeiras que, muitas vezes, precisam de uma decisão rápida da autoridade antitruste.(OCDE, 2010)

O BIAC alegou que, especialmente após períodos de crise, mesmo empresas eficientes e competitivas podem enfrentar dificuldades financeiras e os critérios rígidos para aceitação da FFD podem levar inúmeras empresas a saírem do mercado e, conseqüentemente, a uma piora no ambiente competitivo.

Apesar das críticas recebidas pelo setor empresarial, as autoridades antitruste permanecem relutantes em alterar as regras do jogo, mesmo em períodos de crise.

Conforme explicado por Oliveira Junior (2014), “Há certo consenso na doutrina de defesa da concorrência de que manter os mercados competitivos em períodos de crises econômicas não é menos importante do que mantê-los competitivos em períodos normais” (p.91). Segundo Carl Shapiro (2009), diminuir a efetividade das normas antitruste em períodos de crise dificulta a recuperação da economia. Um exemplo, segundo o autor, foi o *National Industry Recovery Act* dos Estados Unidos em 1933, que legalizou cartéis em vários setores da economia e, com isso, atrasado a recuperação econômica do país após a Crise de 1929 (SHAPIRO, 2009, p. 23).

3.2 Crise do Covid e a FFD

Em 2020, após o início da pandemia, algumas autoridades antitruste se manifestaram para deixar claro que os critérios de análise não seriam relaxados, apesar da crise. Um diretor da *Federal Trade Commission* (FTC) dos Estados Unidos publicou no site da instituição⁹ que o FTC não iria reduzir o standard de provas usado para aceitar a FFD, mesmo que alguns setores da economia enfrentem condições econômicas adversas, como resultado da pandemia.

Na Europa, ainda que a autoridade antitruste não tenha se manifestado oficialmente sobre a FFD, a Vice-Presidente da Comissão Europeia, afirmou que a crise “não deveria ser usada como um escudo para permitir fusões que poderiam prejudicar

⁹ <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2020/05/failing-firms-miraculous-recoveries>. Acessado em 28/09/2020.

consumidores e impedir a recuperação”¹⁰. A Vice-Presidente também argumentou, de forma mais direta, que a Comissão não iria amenizar as regras para aceitação da FFD¹¹.

No Brasil, o superintendente-geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, sobre um provável aumento do argumento de *failing firm* para justificar atos de concentração após a crise, afirmou que a autarquia não pode salvar empresas a qualquer custo, uma vez que o mandato do Cade é preservar a competição, e não o competidor.¹²

A *Competition and Markets Authority* do Reino Unido (CMA),¹³ publicou uma orientação sobre a análise de fusões durante a pandemia do Coronavírus-19 pela autoridade. No Anexo A, o CMA tratou especificamente sobre a *failing firm defense* e deixou claro que não haveria nenhuma flexibilização dos standards como resultado da crise gerada pela pandemia.

Uma operação analisada pela autoridade britânica em 2020, contudo, merece destaque. No caso *Amazon Deliveroo*, que será explicado abaixo, o CMA, em uma decisão provisória, aceitou a FFD. Um mês depois, contudo, a autoridade alterou sua decisão ao verificar que a empresa não estava mais em dificuldades financeiras.

3.2.1 Caso Amazon Deliveroo

O caso *Amazon/Deliveroo* é interessante para avaliar o posicionamento recente de uma autoridade antitruste sobre a aceitação da FDD. A análise do caso mostra que, mesmo durante uma grande crise econômica, uma situação financeira delicada, que parece levar, inevitavelmente, à falência, pode ser revertida em um curto espaço do tempo. Dessa forma, alegações de falência como justificativa para um ato de concentração devem ser analisadas com

10 <https://www.clearygottlieb.com/news-and-insights/publication-listing/european-merger-control-in-times-of-crisis>. Acessado em 29/09/2020

11 Failing firms won't get more EU leeway to plead for mergers, Vestager says, reported by Mlex (24/04/20)

12 <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/cade-alexandre-cordeiro-06072020>. Acessado em 29/09/2020

13 <https://www.gov.uk/government/publications/merger-assessments-during-the-coronavirus-covid-19-pandemic/annex-a-summary-of-cmas-position-on-mergers-involving-failing-firms>

cautela pelas autoridades antitruste.

O caso foi apresentado ao CMA inicialmente em 2019 e se referia a uma aquisição minoritária, pela *Amazon*, na empresa *Deliveroo*, um aplicativo de entrega de comidas na Inglaterra. Em 27 de dezembro de 2019¹⁴, a CMA informou que o caso seria analisado de forma mais aprofundada, uma vez que a análise inicial demonstrou que a operação poderia gerar redução de concorrência no mercado de plataformas online de restaurantes e plataformas online de supermercados no Reino Unido.

Em abril de 2020, as partes informaram ao CMA que a *Deliveroo* foi fortemente impactada pela crise causada pelo Coronavírus-19 e que, se a operação não fosse aprovada rapidamente a empresa não teria condições de continuar no mercado. O CMA publicou uma decisão provisória em 16 de abril¹⁵ (“*provisional finding*”) aprovando a operação.

Segundo o relatório provisório, sem o aporte de capital da *Amazon*, era provável que a *Deliveroo* saísse do mercado. O CMA argumentou que não encontrou nenhuma opção menos danosa à concorrência e que a saída da *Deliveroo* do mercado seria mais prejudicial à concorrência e aos consumidores do que a compra de participação na empresa pela *Amazon*. Apesar de não ter citado a FFD diretamente, ficou claro que a autoridade aceitou os argumentos de *failing firm* trazidos pelas partes.

Na decisão provisória de abril, a CMA declarou que um dos principais pontos considerados em sua análise foi “o impacto da pandemia do Coronavírus (COVID-19) e as consequências financeiras que a pandemia gerou para a *Deliveroo* à luz de questões específicas da posição financeira da empresa”.¹⁶

A decisão, ainda que provisória, demonstrou que, apesar da

14 “Anticipated acquisition by Amazon of a minority shareholding and certain rights in Deliveroo”. Terms of reference. 27 de dezembro de 2019.. Disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5e02103e40f0b66570e9642c/Amazon_Deliveroo_Terms_of_reference.pdf. Acessado em 28 de outubro de 2020.

15 Provisional Findings Report. Disponível em https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5ea6e697e90e0704930d8a97/PFs_Report_.pdf Acessado em 28 de outubro de 2020.

16 https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5ea6e697e90e0704930d8a97/PFs_Report_.pdf (p.5) Texto original: “the impact of the Coronavirus (COVID-19) pandemic and the financial consequences that this has brought about for Deliveroo in light of the specific features of Deliveroo’s financial position” (tradução livre)

autoridade ter declarado em março que não relaxaria os critérios de aceitação da FFD em função da crise, a pandemia e seus efeitos na economia foram fatores relevantes para a sua tomada de decisão no caso específico. A CMA deixou claro em seu relatório provisório que, sem o impacto da crise gerada pela pandemia, a *Deliveroo* não teria sido considerada uma *failing firm*.

Contudo, dois meses depois, em 22 de junho de 2020, a autoridade soltou uma decisão provisória revisada (*Revised provisional findings report*¹⁷) em que mudou o seu entendimento sobre a provável falência da *Deliveroo*. No novo relatório, a CMA manteve o entendimento de que a operação poderia ser aprovada mas afirmou que a situação financeira da *Deliveroo* havia mudado consideravelmente e que não havia mais risco de que a empresa saísse do mercado, como consequência da pandemia. A CMA afirmou que os dados financeiros apresentados pela *Deliveroo* para o mês de abril foram melhores do que os que haviam sido estimados pela empresa. O impacto negativo da crise para a empresa teve curta duração.

Com isso, a CMA afirmou que a decisão provisória de aprovar a operação estava baseada na ausência de riscos à concorrência, e não no risco de que a *Deliveroo* saísse do mercado. Em 4 de agosto de 2020 a o CMA publicou sua decisão final aprovando a operação.

O caso é relevante pois mostra que a autoridade chegou a considerar o argumento de FFD na análise do caso. Contudo, ao perceber que, após dois meses, a empresa se recuperou financeiramente, a agência alterou a justificativa para aprovar a operação. Ou seja, a autoridade entendeu que a crise financeira da empresa era provisória e, portanto, a FFD não deveria ser uma justificativa para a operação.

Esse caso mostra que, mesmo em períodos de graves crises, a situação das empresas pode mudar rapidamente. Isto torna ainda mais evidente o risco de que as autoridades possam cometer erros, como aprovar uma operação prejudicial à concorrência com base em uma justificativa de falência, que, possivelmente, não se concretizaria. Considerando a pouca jurisprudência que analisa a FFD, esse caso poderá ser tomado como referência pelas demais autoridades para confirmar a alta probabilidade de incorrer em erros.

17 https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5efc79d63a6f4023c77a136f/Revised_provisional_findings_Amazon-Deliveroo_---_PDF_A_web_-_pdf

3.3 Conclusão da seção

Como se observou, mesmo com um aumento do número de falências de empresas em épocas de crise, as autoridades não têm demonstrado inclinação em alterar o standard de provas para aceitação da FFD. Não houve alteração após a crise de 2008 e tampouco se observa que haverá alguma mudança com a crise gerada pela pandemia do Covid. Além disto, observou-se que o caso *Amazon Deliveroo* pode ser usado pelas autoridades como referência para justificar seu posicionamento de não relaxar os standards de prova, afim de evitar a aprovação de operações que sejam prejudiciais à concorrência.

4. FFD, Autoridades da concorrência e Erros do tipo II

Por que as autoridades, mesmo em situações de crise econômica, demonstram grande resistência em relaxar o standard de provas da FFD, ainda que se defenda que a aceitação dessa defesa poderia impedir a falência de inúmeras firmas no mercado?

Este artigo argumenta que essa resistência acontece, pois, as autoridades antitruste sempre optam por minimizar erros do tipo II, mesmo que isso leve a um aumento de erros do tipo I. Isso ocorre porque, em situações de incerteza, as autoridades optam por minimizar o risco para os consumidores, e não para as empresas. Portanto, mesmo em épocas de crise, as autoridades não se sentem inclinadas a reduzir o standard probatório da FFD.

Para as autoridades de concorrência, regras mais brandas para aceitação da FFD podem levar a erros do tipo II, os chamados de falsos negativos. Os erros do tipo II referem-se a decisões de aprovar operações que são, de fato, prejudiciais à concorrência. Por outro lado, elevados standards, ainda mais após uma crise econômica, podem levar a um aumento de erros do tipo I, chamados de falsos positivos. Isto é a rejeição de operações que não são prejudiciais à concorrência. (OCDE, 2010)

A tendência à priorizar sempre a redução de erros do tipo II pode ser explicada por que, em situações de incerteza, as autoridades preferem minimizar o risco de prejudicar os consumidores com suas decisões. Shrader-Frechette,(1991) em seu livro *Risk and Rationality*, argumenta que reguladores, em situações de incerteza,

devem trabalhar sempre para minimizar erros do tipo II, que seriam os “riscos do consumidor ou risco público”, e não os erros do tipo I, chamados de “riscos do produtor ou da empresa”.

Segundo a autora, para um regulador, é mais importante proteger os consumidores de um eventual prejuízo do que garantir um aumento de riqueza. Os consumidores merecem mais proteção do que a indústria, uma vez que eles detêm menos informação e menos recursos para lidarem com prejuízos. Uma vez que nem sempre é possível reverter os prejuízos causados pela indústria, é melhor errar no sentido de eliminar o foco do prejuízo. No caso de uma análise antitruste, isso se traduziria em reprovar uma operação que, futuramente, poderá causar prejuízos ao mercado e aos consumidores. Se há incerteza sobre o nível de prejuízo, é difícil justificar a imposição de um risco para os consumidores. Dessa forma, os reguladores, em situações de incerteza, devem sempre optar por minimizar o risco para os consumidores. (SHRADER-FRECHETTE, 1991).

Uma abordagem mais leniente da FFD pode não considerar todos os efeitos anticompetitivos de uma operação envolvendo uma firma em situação de crise, o que pode levar a distorções de longo prazo do ambiente competitivo, o que prejudica, em última instância, o consumidor. Além disso, ao reduzir ou relaxar os critérios, as empresas terão incentivo de notificar operações nocivas à concorrência e que, em um regime com regras mais rígidas, não seriam sequer apresentadas à autoridade. Se o controle de fusões é rigoroso, ele já exerce um efeito dissuasor sobre as empresas. (OCDE, 2010)

Regras mais brandas também podem levar a decisões ineficientes de entrada e saída em determinados mercados, por parte das empresas. A decisão de entrada é baseada na expectativa de lucros e nos custos de saída daquele mercado. Se a autoridade antitruste reduz o standard, as empresas entendem que podem alegar a *failing firm defense* e que, em função do standard mais baixo de provas, há grande probabilidade de que a linha de defesa seja aceita. Com isso, há uma redução do custo de saída do mercado, o que pode levar à entrada de muitos competidores ineficientes no mercado. Regras mais brandas, portanto, podem gerar ineficiências do mercado. (OCDE, 2010).

Dessa forma, a opção por manter o standard de provas elevado

para a FFD, mesmo em situações de crise, seria uma decisão racional das autoridades antitruste, para evitar problemas concorrenciais futuros, que regras mais brandas poderiam acarretar. Ou seja, minimizar o risco para os consumidores evitando erros do tipo II. Isso explica a resistência das autoridades antitruste em mudar o standard de provas da FFD.

Dito isso, é possível afirmar que a atual crise não deve modificar a visão das autoridades e não deve alterar os requisitos para aceitação dessa linha de defesa. Ao contrário, deve reforçar a sua posição de manter elevado os standards. Em situações de crise econômica, a incerteza é maior, e, quanto maior a incerteza, maior a possibilidade de aumentar o risco para os consumidores com suas decisões.

Considerações Finais

Uma das consequências esperadas da crise econômica causada pela pandemia do Covid-19 é um aumento do número de empresas que enfrentarão dificuldades financeiras e serão forçadas a sair do mercado ou a vender parte ou a totalidade dos seus negócios. Com isso, poderá haver, não só um aumento de casos notificados às autoridades antitruste, como também um aumento do uso da *failing firm defense* como justificativa para adquirir concorrentes que estejam em dificuldades financeiras.

Uma questão que vem sendo debatida, tanto agora, como após a crise de 2008, é se o elevado standard de provas exigido pelas autoridades antitruste para aceitação da FFD deverá ser relaxado para impedir a falência de inúmeras firmas. (OCDE, 2020).

Contudo, assim como fizeram em 2008, algumas autoridades antitruste já se manifestaram contrárias a qualquer alteração no standard de provas.

Esse artigo argumentou, contudo, que essa resistência é uma resposta racional de autoridades regulatórias que visam evitar a ocorrência de erros tipo II em suas análises, com o objetivo de minimizar o risco para os consumidores. Não há, portanto, nenhum incentivo para que as autoridades diminuam a carga probatória. De fato, em situações de maior risco e incerteza, como em um cenário de crise, as autoridades estarão ainda menos inclinadas a relaxar as regras. Casos como o *Amazon/Deliveroo*, analisado pela autoridade

de concorrência do Reino Unido, mostram que as autoridades devem ter cautela ao aceitar argumentos de *failing firm*.

Nesse contexto, é importante questionar o que isso significa para o debate sobre a flexibilização da FFD. Essa discussão tem se desenvolvido, principalmente, com argumentos jurídicos sobre a impossibilidade de cumprir com o nível de carga probatória que a FFD demanda e, às vezes, com argumentos de conveniência política da FFD como ferramenta para responder a crises econômicas. O argumento deste artigo, contudo, nos leva a repensar a discussão sobre a flexibilização da FFD, ou pelo menos, a abordá-la sob outra perspectiva.

Entendendo que o posicionamento das autoridades é uma resposta racional para minimizar a ocorrência de erros de tipo II, e, em última instância, para proteger o mercado e os consumidores, a discussão não deveria se pautar em um possível relaxamento dos standards e sim, em como, em um contexto de risco e incerteza, podem existir outros mecanismos que possam diminuir a probabilidade de erros do tipo II. Propostas, como o *screening test* sugerido por Oliveira Junior e Esteves (2020) para identificar a situação falimentar das empresas¹⁸, devem ser levantadas e discutidas para evitar que o receio em incorrer em erros do tipo II, por parte das autoridades de concorrência, levem a um aumento de erros do tipo I. Soluções como essas podem deixar a autoridade com as garantias suficientes para decidir da melhor forma e, com isso, elas podem considerar a FFD sem medo de incorrer em erros que prejudiquem os consumidores e a concorrência.

Em última instância, não se trata de discutir se as autoridades devem relaxar ou não relaxar os requisitos da FFD, como tem se caracterizado o debate até agora. A discussão deve ter uma abordagem de risco, ou seja, discutir mecanismos alternativos que permitam neutralizar ou minimizar o risco para o mercado e consumidores das decisões das autoridades na análise de operações de *failing firms*.

18 Os autores propuseram um *screening test* que poderia ser realizado pela autoridade antitruste para verificar se, de fato, a empresa à venda está em uma situação falimentar e de que a sua venda não tem objetivos estratégicos, como a realização de lucros.

Referências Bibliográficas

BRASIL.(2011) **Lei 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>.

_____. (1997) Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Voto**. Ato de Concentração 0044/1995. Relator: Renault de Freitas Castro. Julgado em 17.12.1997.

_____. (2007) Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Voto**. Ato de Concentração 08012.014340/2007-75. Julgado em 13.02.2008.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 2016 - **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. 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. Acessado em 28 de outubro de 2020.

_____.(2018). Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.004163/2017-32 julgado em 7/2/2018. **Voto-vista do Conselheiro João Paulo Resende**.

BALDWIN, R.; SCOTT, C. e HOOD, C.(2011). **A Reader on Regulation**. Oxford University Press. 2011.

COMPETITIONCOMMISSION(1991). CaseIV/M.053 Aerospatale-Alenia/de Havilland OJ 1991, L334/42, para.31. **Decisão da Comissão** de 2/10/1991, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31991D0619&from=EN> (acessado em 29/10/2020)

_____. (1994) Case IV/M308 Kali und Salz/MdK/Treuhand. OJ 1994 L186/30. **Decisão da Comissão** publicada em 14/12/1993. Disponível em https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2314_en.pdf (acessado em 29/10/2020)

_____(2001) Case COMP/M.2314 BASF/Eurodiol/Pantochim. OJ 2002 L132/45. **Decisão da Comissão** publicada em 11/07/2001.

Disponível em https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2314_en.pdf (acessado em 29/10/2020)

_____. (2004) **The EC Merger Regulation**. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32004R0139> (Acessado em 28 de outubro de 2020)

_____. (2010). **Merger assessment guidelines**. Disponível em http://www.competitioncommission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/noninquiry/rep_pub/rules_and_guide/pdf/100916_merger_assessment_guidelines.pdf. Acessado em 20 de outubro de 2020.

_____. (2013) Case No COMP/M.6796 – Aegean Airlines/Olympic II. **Decisão da Comissão** publicada em 9/10/2013. Disponível em https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6796_20131009_20682_4044023_EN.pdf (acessado em 29/10/20)

CRAVO, Daniela Copetti. (2010) “Aplicação da teoria da failing company defense nos atos de concentração decorrentes da recuperação judicial: atribuição do Cade ou competência exclusiva do juízo falimentar?” Disponível em <http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/123456789/12979> Acessado em 13 de outubro de 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U. S. Supreme Court. *International Shoe Co. v. FTC*, 280 U. S. 291 (1930). Julgado em 06.01.1930. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/280/291/>>. Acessado em 20 de outubro de 2020.

_____. U. S. Supreme Court. *Citizen Publishing Co. v. United States* - 394 U.S. 131 (1969). Julgado em 10.03.1969a. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/131/>>. Acessado em 20 de outubro de 2020.

_____. U. S. Supreme Court. *Citizen Publishing Co. v. United States* - 394 U.S. 131 (1969). Julgado em 10.03.1969a. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/131/>>. Acessado em 20 de outubro de 2020.

FEDERAL TRADE COMMISSION - FTC. **Horizontal Mergers Guideline**. Publicado em 1997. Disponível em:< <https://www.ftc.gov>

gov/sites/default/files/attachments/merger-review/hmg.pdf>. Acessado em 20 de outubro de 2020.

_____. **Horizontal Mergers Guideline**. Publicado em 2010. Disponível em: <http://ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf> Acessado em 20 de outubro de 2020.

FERNANDES, R.F.(2013) “Failing firm defense: utopia, teoria ou tese aplicável na análise antitruste brasileira?” Monografia premiada 3º lugar VIII Prêmio SEAE.

GONÇALVES, E.N. e QUEIROZ, B.P. (2019) “A Aplicação da Teoria da Failing Firm Defense no Brasil”. **Anais do VII CONBRADEC**. Volume 02 nº 29. Curitiba-PR.

KYPRIANIDES, G.P. (2012) “Assess the importance of the counterfactual in merger assessment with regards to the failing firm defense”. **European Competition Law Review**. 33(I2)

OLIVEIRA JUNIOR, M. e ESTEVES, L.A. “Covid-19, falência e concorrência: uma proposta de screening test”. Disponível em <https://blogdoibre.fgv.br/posts/covid-19-falencia-e-concorrencia-uma-proposta-de-screening-test>

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE) (2010) **OECD Policy Roundtables “The Failing Firm Defense” Paris, 2009**, Paris 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/45810821.pdf>>.

_____. (2020) **Merger Control in time of COVID-19 - Tackling Coronavirus (COVID-19): Contributing to a Global Effort**. Disponível em <http://www.oecd.org/competition/Merger-control-in-the-time-of-COVID-19.pdf>

OLIVEIRA JUNIOR, F.A.A de. (2014) **A empresa em crise e o direito da concorrência: a aplicação da teoria da Failing Firm no controle brasileiro de estruturas e seus reflexos no processo de recuperação judicial e de falência**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UnB. Brasília-DF.

OLIVEIRA JÚNIOR, F.A.A de (2011). “O estudo da **failing firm defense**, a partir da lei de falências, nos atos de concentração submetidos ao Cade: a aplicação do princípio da preservação da

empresa no controle de estruturas.” **Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 19.

PLASTINA JUNIOR, M.G e LEAL, L.J.P. (2018) “A atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) no processo de incorporação da empresa recuperanda e a teoria failing company defense”. **Revista de Defesa da Concorrência**. v.6 n.2 – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – Cade. Brasília-DF.

SHAPIRO, C. (2009) **Competition Policy in Distressed Industries**. Publicado em maio, 2009. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245857.pdf>. Acessado em 3 de novembro de 2020.

SHRADER-FRECHETTE, K.S (1991) **Risk and Rationality**. Berkeley, 1991.

SULLIVAN, E. Thomas; HOVENKAMP, Herbert; SHELANSKI, Howard A. **Antitrust law, policy and procedure: cases, materials, problems**. 6 ed. Estados Unidos: LexisNexis, 2009.

WISH, R. e BAILEY, D. (2012) **Competition Law**. 7Ed. Oxford University Press.

Repercussões da Lei nº 13.848/2019 na autonomia institucional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Gabriella Carvalho da Costa¹

RESUMO

O incremento da proteção à liberdade econômica e defesa da concorrência no Brasil acompanhou o processo de evolução da sua organização política, que passou de um modelo de Administração centralizada e hierarquizada, decorrente de um Estado autoritário e intervencionista, para uma Administração gerencial, calcada nos princípios neoliberais. É nesse contexto que se identifica o processo de criação e fortalecimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, cuja autonomia político-administrativa e econômico-financeira são essenciais para o atendimento da política pública, diminuindo o espectro de ingerência do poder político central nos aspectos técnicos de composição da sua estrutura organizacional e da tomada de decisão. A inclusão do Cade na lei que materializou o Novo Marco legal das Agências Reguladoras traz repercussões nessa seara, constituindo a sua análise o objeto dessa pesquisa, a fim de demonstrar se esses reflexos trazem de fato uma ampliação da sua autonomia em relação ao poder central.

Palavras-chave: evolução institucional; autonomia político-administrativa e econômico-financeira; poder central; alterações legais.

ABSTRACT

The improvement of protection to economic freedom and the defense of economic competition in the Brazilian State followed the evolution of political organization as it changed from a centralized

1 Procuradora Federal e Coordenadora-Geral de Matéria Administrativa na Procuradoria Federal Especializada junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Especialista em Direitos do Estado e Processo pela Universidade Federal do Ceará.
E-mail: gabriella.costa@cade.gov.br

and hierarchical model of administration from an authoritarian and interventionist state to a model of managerial administration based on the principles of a neoliberal state. It is in this context that one identifies the process of creation and strengthening of the Administrative Council for Economic Defense (Cade), whose political-administrative and economic-financial autonomy is essential to meet public policy, reducing the spectrum of interference of the central political power on the technical aspects of composition of its organizational structure and decision making. The inclusion of Cade in the law that materialized the New Legal Framework for Regulatory Agencies has repercussions in this area, its analysis being the object of this research, in order to demonstrate whether these reflexes actually bring an expansion of its autonomy in relation to the central power.

Keywords: institutional evolution; political-administrative and economic-financial autonomy; central power; legal changes.

Sumário: 1. A transformação do estado brasileiro e a evolução da defesa da concorrência até a Constituição de 1988; 2. A Constituição de 1988, a reforma administrativa e a ascensão do direito constitucional; 3. O Cade e o novo marco legal das agências reguladoras - Lei nº 13.848/2019; Considerações finais; Referências bibliográficas.

1. A transformação do Estado Brasileiro e a evolução da defesa da concorrência até a Constituição de 1988

Antes da vinda da família real portuguesa para o Brasil, em 1808, não havia qualquer interesse da metrópole em desenvolver a economia brasileira, com fins a gerar progresso econômico e cultural, pois, nesse período, havia uma forte política fiscal, cujo objetivo principal era tributar fortemente as atividades econômicas desenvolvidas na colônia e abastecer os cofres da coroa portuguesa.

Não se falava em defesa da concorrência, já que enquanto foi colônia de Portugal, o Brasil não desenvolveu atividades econômicas relevantes e, tampouco, estabeleceu um mercado consumidor que precisasse de proteção estatal.

Conforme aduzido por Paula Forgioni, “o sucesso da política fiscalista requeria que fossem sufocadas quaisquer tentativas de

desenvolvimento industrial brasileiro. À guisa de exemplo, a Carta Régia de 1766, que proibiu as atividades dos ourives, a vedação da fabricação de mel de vinho, ou ainda da cultura de uvas (sempre para que fosse eliminada a concorrência com o similar português).” (FORGIONI, 2012, p. 85).

Com as invasões napoleônicas e a entrada das tropas em Portugal, a família real portuguesa resolveu se mudar para o Brasil, transferindo a sede da metrópole para a colônia. A partir de então, a rígida política fiscal e os atos de restrição ao comércio foram cedendo lugar ao paulatino desenvolvimento econômico da colônia. Sobre esse período, relatou Boris Fausto (FAUSTO, 2015, p. 106):

“Logo ao chegar, durante sua breve estada na Bahia, dom João decretou a abertura dos portos do Brasil às nações amigas (28 de janeiro de 1808). Mesmo sabendo-se que naquele momento a expressão “nações amigas” era equivalente à Inglaterra, o ato punha fim a trezentos anos de sistema colonial. Já no Rio de Janeiro, no mês de abril, o príncipe regente revogou os decretos que proibiam a instalação de manufaturas na Colônia, isentou de tributos a importação de matérias-primas destinadas à indústria, ofereceu subsídio para as indústrias da lã, da seda e do ferro, encorajou a invenção e introdução de novas máquinas.”

Nesse contexto foi que a primeira Constituição brasileira, de 1824, influenciada pela ideologia liberal, previu em seu art. 179 a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, baseados na liberdade e na segurança individual; garantiu o direito de propriedade; e a vedação à proibição de qualquer gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio, desde que não fossem opostos aos costumes públicos, à segurança e a saúde dos cidadãos. Também aboliu as corporações de ofício.

De modo semelhante e também de cunho liberal, a Constituição de 1891 dispôs sobre o direito de propriedade e o livre exercício de qualquer profissão (art. 72).

É interessante notar que, nas duas primeiras constituições brasileiras, prevalecia a ideia de que o Estado deveria estar ausente na economia, conforme enunciado por Vicente Bagnoli (BAGNOLI, 2017, p. 117):

“A ideologia político-econômica é a do liberalismo de Adam Smith, devendo o Estado estar ausente na economia, deixando que essa se regulasse livremente pela lei da oferta e da procura,

inclusive com a liberdade total do homem para escolher o que melhor lhe interessar”.

Contudo, foi somente na Constituição Federal de 1934 que a temática da defesa da concorrência surgiu pela primeira vez no texto constitucional, através da expressão “economia popular”.

Isso porque, vigorava o modelo de Estado patrimonial e autoritário fundado em uma Administração Pública centralizada e hierarquizada, que privilegiava um estamento patrimonialista-burocrático, ligado às elites políticas e econômicas da época, e que prevaleceu até meados da primeira República. Quando tem início o longo período de transição estatal rumo a modernização do país e sua democratização, no qual se destaca a presença política dos militares e o governo populista de Getúlio Vargas. (TORRES, 2003).

Na verdade, a partir da Era Vargas, acreditava-se que a saída de um modelo agrário exportador para uma economia baseada na indústria, com fins ao crescimento e desenvolvimento do país dependia de uma forte articulação estatal, pois a iniciativa privada não teria capacidade para tanto.

Com isso, houve um fortalecimento do Estado e de suas instituições, com a criação de vários órgãos e entidades, tudo com a finalidade de promover a substituição de importações, a industrialização e o desenvolvimento do país.

É possível afirmar que essa foi uma das primeiras reformas do Estado brasileiro, já que foi nesse período foram criados vários órgãos e entidades dotados de certa autonomia financeira e gerencial, com remuneração diferenciada, o que atraiu profissionais de ponta, tornando esses locais centro de excelência e agilidade dentro da burocracia pública.

Contudo, não durou muito tempo para que as forças políticas se utilizassem dessas “facilidades” para tornar esses núcleos de excelência em verdadeiros cabides de empregos, conforme defendido por José e Castor (JOSÉ e CASTOR, 1998, p. 100):

“Inspirado especialmente pelo modelo fascista, Getúlio Vargas reformou profundamente a máquina do Estado, com a criação de uma série de organizações estatais, autarquias, órgãos autônomos, empresas e fundações. Pagando salários generosos e operando com grande flexibilidade, as autarquias logo atraíram uma elite intelectual e se transformaram em centros de excelência, emprestando ao Estado uma agilidade que a máquina administrativa tradicional não era capaz

de promover. Porém, encantados pela facilidade com que passaram a gerir o Estado, os governantes multiplicaram de maneira indiscriminada as organizações dotadas de autonomia financeira e operacional. Como subproduto quase inevitável da liberdade operacional sem controle de que desfrutavam, as autarquias e outros órgãos autônomos rapidamente se transformaram em cabide de empregos e alvo da cobiça clientelista dos políticos. Com o passar do tempo, leis e regulamentos restritivos foram reduzidos até que, finalmente, em 1952, a Lei nº 1.711 estabeleceu que as autarquias não poderiam manter tabelas de remuneração diferentes das vigentes para o funcionalismo tradicional. A partir daí, começou a agonia das autarquias.”

Outrossim, além do fortalecimento estatal que se buscou promover, foram largamente utilizadas ferramentas como o planejamento, o protecionismo tarifário, o controle e o tabelamento de preços, a criação de empresas estatais monopolistas e de conselhos setoriais regulamentares, o uso de estímulos financeiros, linhas de crédito e subvenções públicas (AGUILLAR e COUTINHO, 2012, p. 140).

Foi nesse contexto de transição econômica e remodelação do Estado que a carta magna de 1934 garantiu o fomento da economia popular ao tempo em que deu início ao processo de nacionalização da economia brasileira, iniciando pelas empresas de seguro (arts. 115 a 117).

A Constituição de 1937 manteve a expressão “economia popular”, repetindo a garantia ao seu fomento, mas, adicionalmente, tratou dos crimes contra a economia popular, equiparando-os aos crimes contra o estado.

Além disso, a Carta Magna, atribuiu ao Estado a coordenação da produção e a inserção da competição com resultados positivos à nação, cabendo ao Estado, ainda, o poder de reprimir os crimes tidos contra a economia popular (BAGNOLI, 2017, p. 122).

O art. 141, que tratava sobre os crimes contra a economia popular, foi regulamentado pelo Decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, que definiu esses crimes.

Com esse decreto, pretendia-se reprimir determinadas condutas que tinham o potencial de bloquear a concorrência e, conseqüentemente, o desenvolvimento industrial do país. Segundo extraído do artigo “Origens do direito da concorrência”, publicado pelo professor Luiz Olavo Baptista (BAPTISTA, 1996), disse o Ministro signatário da norma:

“O segundo fim da lei é evitar o bloqueio da concorrência por meio de arranjos, combinações ou organizações destinadas a estabelecer o monopólio em certos ramos da economia pública ou a restringem a livre competição, indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial do País.

A economia de criação se desenvolve no mercado livre, em que o preço é determinado pelos fatores econômicos, reais, como juros ao capital invertido, mão-de-obra, matéria-prima, impostos, transportes, enfim, o que se abrange com a denominação geral de custo da produção. A concorrência determina cada dia maior baixa de preço de custo e, conseqüentemente, maior expansão do consumo, do que resulta um elevamento do nível geral de bem estar do povo.

No momento, porém, em que determinado número de empresas fortes se aliam para tomar conta do mercado, surgem as combinações, os trustes e os cartéis. Os preços passam a ser decretados por uma minoria de especuladores, cujo âmbito de ação se irradia de acordo com os lucros obtidos artificialmente, resultando daí a sujeição da imensa maioria aos seus desígnios que, dentro de pouco, ultrapassam o simples terreno econômico.”

Conforme defendido pelo professor emérito da USP, “os tempos ainda não eram maduros para a aplicação do direito antitruste, mal havia se iniciado o processo de industrialização - e por isso num só caso, ao que consta, foram os dispositivos concernentes à matéria aplicados. Foi numa consulta feita a propósito de contratos passados entre a Standard Oil Company do Brasil com proprietários de postos de gasolina, respondida por Anibal Freire, então Consultor Geral da República e aprovada por Vargas” (BAPTISTA, 1996).

Na opinião do professor, “a verdade é que a implantação de uma economia em moldes capitalistas modernos é mais tardia, e não havia fatos a serem regulados naquela fase da história econômica”.

Os doutrinadores questionam, ainda, se a falta de efetividade deste diploma legal não se deveu à ausência de um órgão especializado para o combate aos ilícitos (FRAZÃO, 2017, p. 34).

Em 1945 foi editado o Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho, dispondo sobre os atos contrários à ordem moral e econômica. Esse decreto, cujo projeto teve como autor o então Ministro da Justiça, Agamenon Magalhães, foi o precursor da primeira lei antitruste brasileira.

Trouxe em seu bojo a criação da Comissão Administrativa de Defesa da Concorrência - Cade, como órgão autônomo, com personalidade jurídica própria, diretamente subordinado ao

Presidente da República e presidido pelo Ministro da Justiça (arts. 19 e 20), e com a incumbência de um órgão de defesa da concorrência.

Observa-se que esse decreto já reconhecia a importância de se fortalecer institucionalmente e dar autonomia administrativa para o órgão incumbido de proteger a ordem econômica, conforme se identifica no art. 22 e seguintes.

Segundo o Decreto, as decisões do Cade foram elevadas à categoria de decisão ministerial, não comportando sequer questionamento pela via do mandado de segurança, nos termos do art. 319 do Código de Processo Civil de 1939.

Além do *status* conferido às suas decisões, o decreto trazia garantias administrativas que diferenciavam a Cade dos outros órgãos em geral, tais como: vencimentos dos servidores; exigências para integrar o corpo de servidores; orçamento; e, em especial poder de requisição irrestrito.

Apesar dos avanços trazidos pelo Decreto, sua vida foi bastante efêmera, já que foi revogado com o Golpe de Estado de 29 de outubro de 1945, que tirou Getúlio Vargas do poder.

Mesmo que tenha vigorado por pouquíssimo tempo, a percepção social de que havia a necessidade de uma legislação de proteção à defesa da concorrência foi ganhando corpo a partir do mencionado decreto e do progresso do crescimento industrial brasileiro, tanto que a Constituição de 1946 preservou os valores liberais nos artigos 141 e seguintes.

Agamenon Magalhães não deixou de lado sua bandeira em relação à defesa da concorrência no país, o que considerava a base da economia liberal. Assim, como integrante da 7ª subcomissão da Constituinte de 1946, foi relator da matéria sobre a ordem econômica e social e foi responsável pela redação do art. 148 acima transcrito, que assim foi justificado:

“A característica da economia liberal é a livre disposição dos meios de produção. Todos os indivíduos participam desses meios, tendo liberdade de iniciativa ou de empresa. A livre concorrência é, portanto, a base da economia liberal.

...
Que é, então, o poder econômico? O poder econômico é o que resulta da posse dos meios de produção. Quando esses meios de produção, em certos setores da atividade, são dominados por um indivíduo ou um grupo de indivíduos, são dominados por uma empresa ou por um grupo de empresas, evitando que outros deles também possam dispor, há abuso do poder econômico. Que deve, nessa emergência, fazer o Estado,

que é liberal, que tem por fundamento econômico a livre concorrência? Intervir para evitar ou suprimir o abuso. Eis aqui a razão do art. 148 da Constituição de 18 de setembro de 1946.

...
Eis aqui a razão do nosso projeto que regula a repressão ao abuso do poder econômico em obediência àquele dispositivo constitucional."

Apesar do dispositivo constitucional, a matéria antitruste ficou sem regulamentação desde a revogação do Decreto-lei nº 7.666/45 até 1951, quando então foram editadas as leis nº 1521/1951, chamada de "Lei da Economia Popular", e 1522/1951, que estabeleciam um sistema administrativo de controle de preços, restabelecendo questões que constavam do Decreto-lei nº 869/1938.

Somente em 1962, com a promulgação da Lei nº 4.137, o Brasil passou a ter uma legislação antitruste e um órgão destinado a dar-lhe proteção, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Se por um lado essa lei trouxe avanços no tocante à matéria antitruste, por outro, sob o enfoque institucional e administrativo, algumas garantias que foram conferidas pelo Decreto-lei nº 7.666/45 não foram mantidas.

Sob o ponto de vista institucional, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica era dotada de muito mais poder e autonomia administrativa, já que gozava de personalidade jurídica própria; vinculação direta ao Presidente da República; autonomia orçamentária; etc.

No entanto, a lei não contava com uma forma de nomeação e exoneração dos seus dirigentes que lhes garantisse estabilidade.

Por outro lado, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica foi dotado de um traço de maior independência dos seus membros em relação ao poder central, na medida em que a perda do mandato era condicionada à apuração de irregularidades administrativas praticadas no desempenho função e feita através de processo administrativo, concluído de acordo com o disposto no Estatuto dos Funcionários públicos Civis da União.

Apesar dos aperfeiçoamentos legais, o certo é que, conforme citado por Molan Gaban, "não foi significativo o número de averiguações preliminares durante a vigência da Lei nº 4.137/62, uma vez que, até 1975, apenas onze processos foram julgados pelo Cade." (GABAN, 2016, p. 84)

Argumenta-se que a inefetividade da lei se deu em razão da política econômica levada a cabo pela ditadura militar (1964 a 1985), favorável à concentração empresarial e à formação de conglomerados, o que dificultava a concorrência entre os diversos setores. (FRAZÃO, 2017, p. 37)

De toda sorte, observa-se que, a partir da Era Vargas, vários processos de reforma do Estado foram implementados, buscando o aperfeiçoamento econômico e institucional, a fim de equacionar os problemas de ordem econômica e de sustentação política do governo.

Em 1964 o golpe militar instalou uma política econômica de cunho monetarista que restringiu o crédito, as despesas públicas e controlou salários e preços. A inflação caiu para uma taxa de 24% em 1967. Contrariamente às ideias dessa equipe econômica, mas, provavelmente, devido à ditadura militar, iniciou-se uma forte intervenção estatal em todas as áreas da economia: foram criadas várias empresas estatais para complementar a estrutura industrial, bem como a financeira, o que possibilitaria o financiamento do sistema de habitação, a agricultura e o consumo de bens duráveis (CONSIDERA, 2002, p. 14).

Nesse contexto, e de cunho fortemente nacionalista, foi promulgada a Constituição de 1967, reunindo no título III - "Da Ordem Econômica e Social", alguns temas econômicos.

Na tentativa de melhorar o desempenho estatal brasileiro em matéria burocrática, foi editado o Decreto Lei nº 200, em 1967.

Apesar de ser costumeiramente apontado pela doutrina como a primeira reforma administrativa brasileira, já se viu que as reformas tiveram início ainda na "Era Vargas".

Esse diploma alterou a estruturação administrativa do país, ao instituir princípios de descentralização administrativa, delegação de competência, planejamento, coordenação e controle, ou seja, bases institucionais para autonomia gerencial da Administração Pública Indireta. Houve a proliferação de empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações. "Em síntese, o Decreto-Lei 200 foi uma tentativa de superação da rigidez burocrática, podendo ser considerado como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil". (TORRES, 2013).

Mesmo assim, a relevância das políticas públicas de defesa da concorrência só começaram a ganhar verdadeiramente espaço no

Brasil a partir dos anos 90, quando então teve início um processo de privatização das empresas estatais, mudando-se o paradigma do Estado nacionalista, desenvolvimentista e intervencionista, típico dos governos militares, para um modelo de Estado neoliberal.

É oportuno lembrar que, nas décadas de setenta e oitenta, havia sido consolidada uma economia essencialmente apoiada nas grandes empresas estatais. Esta situação permitiu que o Estado se transformasse num fornecedor privilegiado de bens e serviços para o consumidor ou na referência de garantia de produtos e serviços pela iniciativa privada. Dessa forma, o Estado empresário consolidou-se e, em muitos casos, se sobrepõe à própria administração pública direta. Com a dificuldade de exercer um maior controle de preços, em decorrência da consolidação do fenômeno da formação dos conglomerados estatais, o Estado brasileiro passou a incentivar as formações empresariais cartelizadas. A reconhecida importância das decisões que eram adotadas pela Comissão Interministerial de Preços (CIP), nesse período, decorre dessas disfunções econômicas, que geraram uma degeneração no sistema concorrencial do país. Verifica-se, assim, que a economia brasileira se encontrava apoiada, no final da década de oitenta, nas grandes empresas estatais e nas estruturas cartelizadas (PEREIRA, 2004).

2. A Constituição de 1988, a reforma administrativa e a ascensão do direito concorrencial

A Constituição de 1988, progressista e generosa, concebida com o objetivo de transformar a realidade econômica e social do país, enuncia direitos econômicos e sociais e almeja expressamente o desenvolvimento como objetivo, além de disciplinar, em um capítulo próprio, a ordem jurídica da economia brasileira. Esta deve equilibrar-se entre dois fundamentos amplos: a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa.

Além disso, a nova Constituição assegurou ao poder público a prestação de serviços públicos, permitindo ao Estado que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, discipline, fiscalize e planeje o setor público e indique ao setor privado que objetivos públicos pretende perseguir. As hipóteses de ação direta - empresarial - do Estado na economia são limitadas a casos e circunstâncias excepcionais e os monopólios públicos de atividades econômicas são limitados taxativamente a certos setores

considerados estratégicos. (AGUILLAR e COUTINHO, 2012, p. 141)

Diferentemente das demais constituições brasileiras, a Carta de 1988 restringiu a atuação do Estado como agente econômico, fixando em seu art. 173 que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado será permitida somente quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Os monopólios estatais foram taxativamente previstos nos arts. 21 e 177 do texto constitucional, sendo vedado ao legislador ordinário criar outras espécies de monopólios diversos daqueles previstos na Constituição.

Com a reforma constitucional desencadeada nos anos 90, estabeleceu-se no Brasil um novo paradigma, de abertura do mercado à livre iniciativa e à livre competição, com o qual não se coadunam as ideias de monopólio e reserva de mercado. Assentou-se com vigor a ideia da livre iniciativa como propulsora da economia e do novo papel do Estado, como agente planejador, fomentador, fiscalizador e coibidor das anormalidades de mercado (NESTER, 2017, p. 430 - 431).

Ainda no ano de 1989, teve início a abertura comercial brasileira, seguida de um processo de desregulamentação da economia, com o abandono progressivo do controle de preços e privatização de estatais.

O Plano Real, criado em 1994, foi responsável não somente pela contenção da inflação, mas ampliou o espectro de reformas estruturais que haviam se iniciado anos antes.

Em matéria de legislação antitruste, em 1991 foi publicada a Lei nº 8.158, instituindo normas para a defesa da concorrência, mantendo em vigor os dispositivos definidores de ilícito e sanções constantes da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, assim como em outros diplomas legais relativos a práticas de abuso de poder econômico.

Com essa lei, o Cade passou a integrar a Secretaria Nacional de Desenvolvimento Econômico - SNDE, passando seu corpo de pessoal, excluídos o Presidente e os membros, a integrar esse novo órgão.

Além do Presidente e dos quatro conselheiros, o Cade passou a ter também um Procurador.

Esses membros passaram a ter como requisitos o notório conhecimento jurídico ou econômico, ser nomeados pelo Presidente da República, por indicação do Ministro da Justiça e após aprovação

dos nomes pelo Senado Federal, para um mandato de dois anos e não mais quatro, como previa a Lei nº 4.137/1962.

Além disso, as decisões do Conselho passaram a sujeitar-se ao recurso hierárquico (art. 21).

Em 1994 foi promulgada a Lei nº 8.884/1994, dando início ao processo de estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, caracterizado pela atuação coordenada da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, órgão do Ministério da Fazenda; da Secretaria de Direito Econômico – SDE, integrante do Ministério da Justiça; e do Cade, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça.

Conforme afirmado por Aguillar e Coutinho, *“do ponto de vista institucional, o SBDC era fragmentado e, em alguns aspectos, redundante. Cada uma das autoridades envolvidas na análise de fusões e aquisições (denominadas “atos de concentração”), cartéis e outras formas de conduta anti-concorrencial tinha a incumbência de preparar um parecer recomendando a aprovação, reprovação ou aprovação parcial da operação em análise ou, no caso de condutas anti-competitivas, verificando sua licitude e razoabilidade”*. (AGUILLAR e COUTINHO, 2012, p. 143).

Com a nova lei, o Cade passou a ter a natureza jurídica de Autarquia Federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com personalidade jurídica e orçamento próprio. Também teve ampliado o número de conselheiros, que passou de quatro para seis, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, para um mandato de dois anos, permitida a recondução.

O cargo de conselheiro passou a ser de dedicação exclusiva e foram impostas vedações com fins a evitar o conflito de interesses (art. 6º).

Além disso, a perda de mandato do Presidente, dos Conselheiros e do Procurador-Geral do Cade só poderia ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 6º.

A possibilidade de recurso das decisões do Cade, dirigido ao Ministro da Justiça, não foi prevista nessa lei.

Por sua vez, foi mantida a possibilidade de requisição de pessoal

para os seus quadros, prerrogativa que vem sendo reiterada desde o Decreto-lei nº 7.666/45.

Apesar de ter estruturação do SBDC, logo a Lei 8.884/1994 se tornou ineficiente, em um contexto de abandono da política de tabelamento e fixação de preços pelo Estado.

Depois de um longo período de tramitação, foi aprovada a Lei nº 12.529/2011, conhecida pela alcunha de “Nova Lei do Cade”.²

Com a sua entrada em vigor, o Cade passou a ser responsável por instruir os processos administrativos de apuração de infrações à ordem econômica, econômica, assim como os processos de análise de atos de concentração, competências que eram antes da SDE e da Seae .

Segundo Vinícius Marques de Carvalho, ex-presidente do Cade, *“a lei nº 12.529 introduziu profundas alterações no SBDC. Tais alterações foram abrangentes, e envolveram não só a mudança no desenho institucional do SBDC, como também modificações substanciais nas suas principais áreas de atuação: a análise de estruturas, a análise de condutas e o exercício da advocacia da concorrência”*.

Sob o aspecto institucional, a mudança no desenho do SBDC implicou na criação de novos órgão e reformulação das competências e, na perspectiva material, foram modificados os conteúdos das regras substantivas do antitruste no Brasil, promovendo-se, ainda, a mutação dos procedimentos adotados no seio do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Sob o aspecto da autonomia institucional e administrativa, não houveram modificações dignas de nota.

Após essas três alterações legislativas promovidas após a Constituição Federal de 1988, a autonomia institucional do Cade pode ser resumida à forma de escolha e estabilidade dos dirigentes, que exercem mandatos fixos e não podem ser livremente exonerados; conseqüentemente, na competência para nomeação dos seus cargos, já que a nomeação dos dirigentes não compete ao Ministro da pasta supervisora; e ao gozo de relativa autonomia financeira, consistente na sua capacidade arrecadatória (seja pela aplicação de multas; seja pela cobrança de taxas ou por outros instrumentos próprios previstos lei).

2 Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>. Acesso em 29.06.2020

Em relação a este último aspecto, concernente à autonomia financeira, apesar da competência da autarquia para angariar recursos próprios, não havia, até então, uma separação entre as suas dotações orçamentárias e a dotação dos ministérios supervisores, de modo que o orçamento ficava a cargo destes.

3. O Cade e o novo marco legal das agências reguladoras - Lei nº 13.848/2019

No Brasil, as agências surgiram juntamente com o processo de desestatização da economia, ante a necessidade de regular certos setores econômicos, corrigindo as falhas de mercado.

Embora o Cade, a CVM e o Banco Central tenham praticamente todas as características inerentes às agências, não receberam esse enquadramento nem pela lei, nem pela doutrina tradicional. Isso provavelmente se deva ao fato de terem sido autarquias criadas antes mesmo da Constituição de 1988.

Com a Lei nº 13.848/2019, considerado no “Novo Marco Legal das Agências Reguladoras”, quis o legislador estender ao Cade algumas das prerrogativas garantidas às agências, especialmente no tocante à sua autonomia administrativa e institucional, já que o art. 51 da Lei destinou ao Conselho o conteúdo dos arts. 3º e 14 a 20.

O art. 3º é o dispositivo que mais tem causado polêmica entre os ministérios supervisores e as autarquias especiais, por ter garantido a ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, a autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo dos dirigentes e estabilidade durante os mandatos.

Cumprir esclarecer que a vinculação de uma Autarquia a um dado Ministério não implica em relação de subordinação. O órgão a que se vincula a pessoa administrativa exerce sobre ela um controle administrativo ou tutela, sendo esta entendida como o poder de fiscalização, nos limites definidos em lei, para garantir a observância da legalidade e o cumprimento das suas finalidades institucionais.

O poder de tutela difere do poder hierárquico justamente por não ser presumível, ser esporádico e só poder ser exercido nos limites estabelecidos por lei, diferentemente da hierarquia, que é presumível, permanente, contínua e total em relação aos órgãos e agentes inferiores.

Não é outro o entendimento de Jessé Torres Pereira Júnior

(PEREIRA JÚNIOR, 1976, p. 188-189):

“A tutela administrativa jamais se presume, devendo existir texto legal que a estabeleça, ao mesmo tempo em que assinale, de maneira clara e precisa, os limites exatos da fiscalização tutelar. É o que se encontra, sob o rótulo de supervisão, nos arts. 21 a 23 e 26 do Decreto-lei n. 200/1967, bem como no art. 25, que fixa os objetivos da supervisão ministerial.”

No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão afirma que “A supervisão administrativa confere ao ente central apenas as potestades expressamente contempladas em lei – justamente o contrário da hierarquia, em que a regra é o poder genérico de mando, excetuando apenas quando a lei resguardar o exercício autônomo da competência do órgão ou do agente subordinado. Em relação a entidades descentralizadas, no silêncio do ordenamento jurídico, vige a sua autonomia” (ARAGÃO, 2013, posição 3092).

Consultado sobre o alcance da supervisão ministerial prevista no Decreto-lei n 200/1967, o Consultor-Geral da República à época, Dr. Romeo de Almeida Ramos, exarou o Parecer nº 1242, de 19 de setembro de 1973, se manifestando nos seguintes termos:

“A Reforma administrativa cuidou de estabelecer a estrutura dos Ministérios e as respectivas áreas de competência, definindo os objetivos da supervisão ministerial quanto aos órgãos subordinados (integrantes da estrutura do Ministério, administração direta). A distinção parece necessária porque, objetivamente, a supervisão se não exerce com a mesma intensidade, propósitos e objetivos, tanto que regulada em artigos distintos: a primeira no art. 25, e a segunda no art. 26. (...)

Além desses existem as entidades autônomas, dotadas de personalidade jurídica própria (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista) que, como integrantes da administração federal indireta, se vinculam ao Ministério cuja área atuam.

Uns e outros estão sujeitos à supervisão ministerial nos termos, respectivamente, dos arts. 25 e 26 já referidos, conforme o disposto no art. 19 e parágrafo único do art. 20, ambos da reforma administrativa.”

Dos poderes gerais de tutela defendidos pelos autores, note-se que o legislador já havia distinguido o Cade das demais autarquias, aproximando-o do regime destinado às agências reguladoras.

Isso porque, as Leis nº 8.884/94 e 12.529/2011 já haviam lhe conferido maior autonomia, com a previsão de nomeação, pelo Presidente da República, sob aprovação do Senado, dos seus

dirigentes e com garantia, em prol destes, de mandato a prazo certo, além de ser considerado a última e única instância decisória na esfera administrativa (art. 9º, §2º e art. 61, §1º da Lei nº 12.529).

Essa limitação do controle substitutivo imposta pela Lei, retirando do Ministério supervisor a competência para a nomeação e exoneração dos dirigentes da Autarquia, já seria suficiente para garantir ao Cade a competência para a nomeação dos titulares dos seus cargos em comissão, não necessitando submeter suas escolhas ao respectivo Ministério, por exemplo.

Contudo, essa competência não era reconhecida, ao contrário do que defendia a doutrina.

Segundo Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2012, p. 239), regra geral, o provimento dos cargos de elevada hierarquia dentro de uma Autarquia se dá por força decisão da Administração direta, o que não ocorre para os cargos existentes no âmbito da Autarquia, não tendo o ministério supervisor competência para que tal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que, “para assegurar essa independência, o ideal seria que os dirigentes dessas entidades fossem eleitos por seus próprios membros, o que raramente ocorre. Em regra, a escolha dos dirigentes fica por conta da Administração Direta, ocupando eles cargos de confiança do Chefe do Executivo; isso cria uma vinculação prejudicial à independência da entidade, que acaba sendo dirigida pela própria pessoa jurídica que a criou precisamente para dar-lhe certa “autonomia”; torna-se, pois, imperfeita e, por vezes, inútil e onerosa a descentralização” (DI PIETRO, 2009, p. 412).

Portanto, tem-se que, mesmo antes da Lei nº 13.848/2019, o Presidente do Cade já detinha competência para dar provimento aos cargos em comissão, independentemente de delegação do Ministro da Justiça. O que a Lei fez foi deixar essa circunstância evidenciada de forma muito clara (art. 3º, §2º, inciso I, alínea “b”).

Do ponto de vista orçamentário, anteriormente à Lei nº 13.848/2019, o Cade e as agências reguladoras eram consideradas órgãos seccionais, posicionadas necessariamente abaixo de um órgão setorial específico, o Ministério a que estavam vinculadas, fazendo com que dependessem desse último para obter os recursos necessários ao desempenho de suas atividades.

Com o advento do novo marco legal, essas autarquias passaram a figurar igualmente como órgãos setoriais, ao lado dos Ministérios a

que se vinculam (e não abaixo deles), relacionando-se diretamente com o órgão central do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, nos termos da Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001, sem qualquer intermediação ministerial a título de supervisão. Nos termos do art. 10 da Lei nº 10.180, o sistema de administração financeira federal é integrado pela Secretaria do Tesouro Nacional, como órgão central, e pelos órgãos seccionais.

No caso do Cade, a Lei 12.529/11 especifica as fontes de receita, destinando, entre outras, o produto da arrecadação de taxas administrativas do órgão. Entretanto, a proposta orçamentária do Cade ficava sujeita à aprovação do Ministério da Justiça, do Planejamento e, em última instância, do Congresso Nacional, de modo que o Cade permanecia com baixa autonomia orçamentária.

Com a nova lei, pode-se dizer que o Cade subiu um degrau, já que não depende mais da aprovação do Ministro da Justiça.

De tal sorte, para fins orçamentários, o Cade e as agências reguladoras foram equiparados, pela lei, aos ministérios. Contudo, apesar de essa circunstância ter um impacto relevante sob o ponto de vista gerencial, é fato que, ainda sim, a eficiência e a autonomia dessas autarquias resta prejudicada ou estimulada, a depender das forças políticas de ocasião.

O mesmo se verifica em relação aos pedidos de autorização para a realização de concursos públicos e provimento dos cargos autorizados em lei para seu quadro de pessoal. No caso do Cade, a carência de servidores perdura a despeito de reiterados pedidos de realização de concurso; de requisição de servidores (art. 9º, inciso XII da Lei nº 12.529/2011); e de realocação de força de trabalho (art. 93, §7º da Lei nº 8.112/90). Esse movimento no sentido de aparelhar o Cade de profissionais habilitados ao desempenho de suas funções já se arrasta ao menos pelos últimos quatro anos.

O Cade não possui carreira própria, de modo que depende do Executivo para a Constituição e manutenção do seu quadro de pessoal. Nesse sentido, o governo pode favorecer ou dificultar a disponibilização de servidores, controlando diretamente a capacidade do órgão (DUARTE, 2018, p. 49).

No tocante à emissão de diárias, passagens e autorização para saída de servidores do país, não há dúvidas que a elevação do *status* do Cade implicou em ferramenta de eficiência, já que os pedidos de autorização para saída do país demoravam a retornar, o que gerava

um ônus para os cofres públicos, com a compra de passagens mais caras.

Considerações finais

A análise das Constituição brasileiras e das leis que fazem referência à atividade econômica do Estado demonstram claramente que o desenvolvimento do direito concorrencial acompanhou os processos de remodelação estatal.

Ao contrário do que defendem muitos autores, a primeira reforma da Administração Pública ocorreu no início da Era Vargas, quando se concebeu um modelo de Administração que se voltava para a criação de órgãos e entidades independentes, com fins a prestar um serviço público de excelência e que ajudasse a promover o desenvolvimento do país.

Contudo, não se encontrou ainda uma forma de blindar as instituições das forças políticas que buscam interesse próprios que atrapalham o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para o crescimento do país.

Tanto é verdade que cedo a autonomia e a flexibilização que foi conferida às autarquias cedeu espaço a utilização dos cargos como cabides de emprego.

Assim, por toda a análise da legislação empreendida neste trabalho, percebe-se que o Decreto-lei nº 7.666/62 foi o que mais conferiu prerrogativas ao Cade (a Cade, na época), com fins a garantir-lhe autonomia real.

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.848/2019, aparentemente houve um avanço com fins a garantir maior autonomia às agências reguladora e ao Cade. Contudo, a lei não trouxe garantias que pudessem tornar essa autonomia e independência decisória próxima de uma autonomia real, efetiva.

Ressalte-se que, no plano da regulação, sobre o qual inevitavelmente reverberam as ações político-partidárias, ergueu-se o protesto da doutrina jurídica, na voz de seus mais eminentes autores ao longo das décadas de 1920 a 1940, pela edição de lei que disciplinasse a ação dos serviços públicos e a sua execução por meio de comissões temáticas dotadas de independência hierárquica e decisória em face do Poder Executivo. Meio século depois, a reprivatização da prestação dos serviços públicos repôs a criação

dos órgãos reguladores na ordem do dia, e fez ressurgir a questão dos limites da ação do Poder Executivo e de seu titular em relação a tais órgãos, mesmo no quadro constitucional atual, a prescrever a intervenção do Estado na ordem econômica, exclusivamente na forma da lei.

A permanência dessa questão já exaustivamente versada pela doutrina prende-se ao descompasso entre a contínua evolução técnica da regulação de mercados econômicos – hoje voltada à implantação da concorrência nesses mercados por meio da universalização da prestação de seus serviços – e a administração pública nacional, imobilizada por uma cultura política retardatária, cuja dinâmica cega às transformações sociais e políticas globais mais evidentes (DUTRA, 2017, p. 45-46).

Referências bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição, Rido de Janeiro: Forense, 2013. Kindle.

BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico e Concorrencial, 7ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.

BAPTISTA, L. O. (1996). Origens do direito da concorrência. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 91, 3-26. Recuperado de <http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67325>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22ª Edição. São Paulo, Atlas, 2009.

DUARTE, JULIANO P. Autonomia no papel e na prática: o caso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade. 121 pgs. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/34256/1/2018_JulianoPimentelDuarte.pdf.

DUTRA, Pedro. Regulação, concorrência e a crise brasileira. 1ª Ed. São Paulo: Singular, 2017.

FAUSTO, Boris. História do Brasil. 14ª Ed., São Paulo: Editora da Universidade, 2015.

FH Aguillar, DR Coutinho . A evolução da legislação antitruste no Brasil. - DE CONCORRÊNCIA, 2012 - concorrencia.pt

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste, 5ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

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

GABAN, Eduardo Molan, e DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito Antitruste, 4ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2016.

JOBIM CASTOR, Belmiro Valverde; AGE JOSÉ, Herbert Antonio. Reforma e contra-reforma: a perversa dinâmica da administração pública brasileira. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 6, p. 97 a 111, mar. 1998. ISSN 1982-3134. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7779>>. Acesso em: 03 Nov. 2020.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. Curso de Direito Administrativo. 8ª Ed. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

NUNES, André et al. CONTINGENCIAMENTO ORÇAMENTÁRIO E AUTONOMIA NAS AGÊNCIAS REGULADORAS: o caso da Agência Nacional de Telecomunicações. Revista de políticas públicas. 2017, ISSN 2178-2865 (online). DOI: <http://dx.doi.org/10.18764/2178-2865.v21n1p199-223>. Acesos em: 03.11.2020.

TORRES, Caroline de Fátima da Silva. A autonomia das agências reguladoras brasileiras e o risco de capturas econômicas / Caroline de Fátima da Silva Torres. – Recife: O Autor, 2012. 131 folhas. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/27898/1/TESE%20Caroline%20de%20F%20C3%A1tima%20da%20Silva%20Torres%20Lobato.pdf>>.

TORRES, Jessé. Supervisão Ministerial e entidades vinculadas no Moderno Direito Administrativo Brasileiro. Revista de Informação Legislativa, v. 13, n. 49, p. 167-206, jan./mar. 1976, p. 188-189.)

A importância do fomento à concorrência no sistema financeiro nacional para a diminuição do *spread* bancário no Brasil

Natália Alves Duarte Barbosa¹

RESUMO

As taxas de juros praticadas no Brasil estão entre as mais altas no mundo. Entre as várias causas apontadas está a concentração no Sistema Financeiro Nacional. O presente trabalho propõe verificar o cenário da concorrência no setor financeiro, as medidas que estão sendo tomadas pelo Banco Central do Brasil para fomentar a competitividade no setor e como o *spread* bancário pode ser influenciado por essas mudanças no mercado.

Palavras-chave: Sistema Financeiro Nacional; Banco Central do Brasil; *Spread* Bancário; Competitividade.

ABSTRACT

Interest rates in Brazil are one of the highest in the world. Concentration in the National Financial System is considered one of the several causes. This paper aims at analyzing competition in the financial sector, the measures that are being adopted by the Central Bank of Brazil to foster competition and how the banking spread can be influenced by such changes in the market.

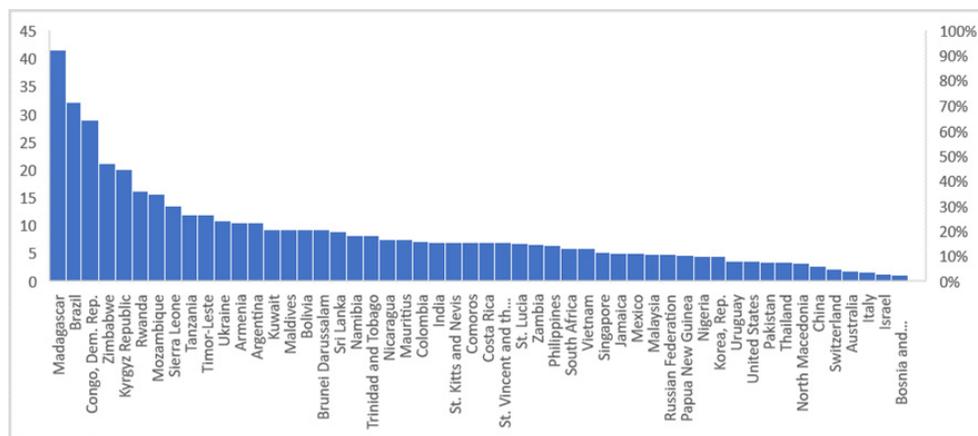
Keywords: National Financial System; Brazilian Central Bank; Banking Spread; Competitiveness.

¹ Procuradora do Banco Central do Brasil. Pós-graduada em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Email: natalia.alves@bcb.gov.br

1. Introdução

As taxas de juros praticadas no Brasil são frequentemente criticadas; de acordo com os dados do Banco Mundial, a taxa média de juros no Brasil é a segunda mais alta do mundo, estimada em 32% ao ano², atrás apenas de Madagascar, com 41,53%³. Para se ter uma noção da disparidade entre as taxas brasileiras e de outros países, o gráfico abaixo compara os valores de taxas médias de juros reais, em percentual por ano, de alguns países em 2018:

Gráfico 1 – Taxas médias de juros reais em 2018



Fonte: Banco Mundial – elaboração própria.

O Relatório de Economia Bancária do Banco Central, edição 2019, apontou que a taxa de juros reais praticadas no Brasil, chamada no estudo em referência de Indicador de Custo de Crédito, seria de 20,3%.

Dito isso, cumpre destacar que o *spread* bancário é definido pelo Banco Central do Brasil (BCB) como “a diferença em pontos percentuais

2 O Relatório de Economia Bancária do Banco Central, edição 2019, apontou como a taxa de juros reais praticadas no Brasil em 20,3%. A diferença entre os valores ocorre pela metodologia adotada para o cálculo. Com efeito, o Banco Mundial exclui as modalidades de crédito direcionado: créditos destinados a determinados setores ou atividades por força de lei ou ato normativo. Ou seja, o cálculo do Banco Mundial somente inclui o denominado crédito livre; livremente pactuado pelas partes. O cálculo do Banco Central também inclui as operações de crédito direcionado. Para maiores informações, ver Nota técnica do Banco Central do Brasil nº 45: Indicador do Custo de Crédito – fls. 15 – 19.

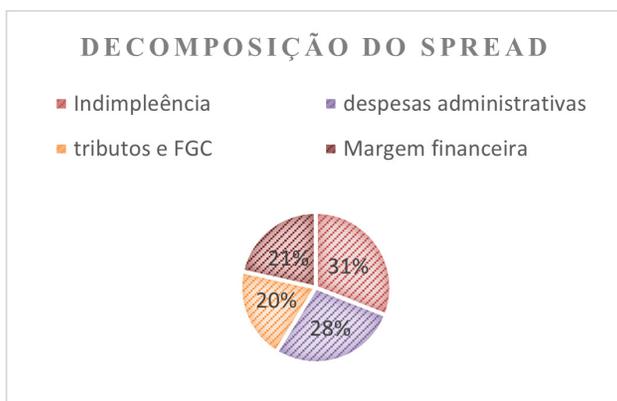
3 Ano base 2019. - Fonte: <https://databank.worldbank.org/reports.aspx?source=2&series=FR.INR.RINR&country=#> - consultado em 25.8.2020.

entre a taxa de juros pactuada nos empréstimos e financiamentos (taxa de aplicação) e a taxa de captação.”⁴ Em outras palavras, é a diferença entre a taxa de juros paga pelo consumidor e a taxa de captação dos recursos pelas instituições financeiras.

O *spread* bancário é composto por quatro fatores: (i) inadimplência; (ii) despesas administrativas; (iii) tributos e FGC e (iv) margem financeira do indicador de custo de crédito, ou seja, o lucro da instituição financeira.

Em 2019, a composição do *spread* bancário no Brasil foi assim apresentada pelo Banco Central⁵:

Gráfico 2 - composição do *spread* em 2019



Fonte: Banco Central do Brasil. Elaboração própria.

Como visto no gráfico acima, a inadimplência é a maior responsável pela composição do *spread* bancário brasileiro. Segundo estudo publicado em 2019 pelo Banco Mundial, denominado *Doing Business*⁶, a taxa de recuperação por dólar no Brasil é de apenas 18,2 centavos por real e a recuperação do ativo leva em média 4 anos. O gráfico

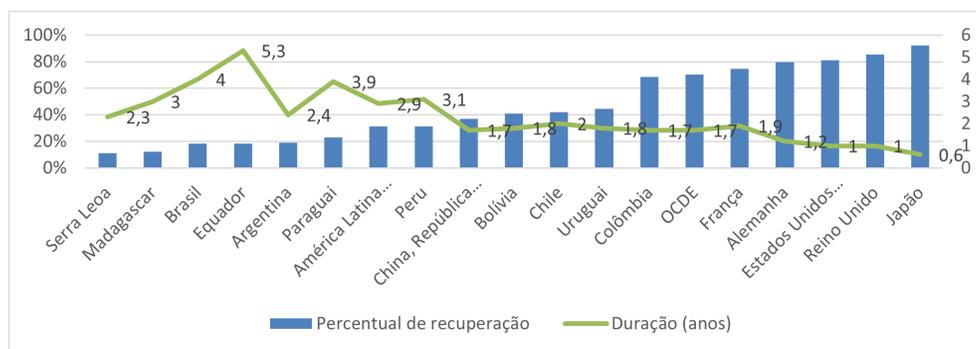
4 Série Perguntas Mais Frequentes: Juros e Spread Bancário. fls. 11. consultado em https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/Documents/publicacoes/serie_pmf/FAQ%2001-Juros%20e%20Spread%20Banc%C3%A1rio.pdf no dia 6.9.2019

5 O Banco Central utiliza a informação de operações de crédito realizadas por 145 instituições financeiras para verificar o ICC e o *spread*, conforme o documento Boxe 5 – Metodologia de decomposição do custo do crédito e do *spread* - Relatório de Economia Bancária 2017 – fls. 66.

6 Estudo Banco Mundial – *Doing Business* – 2019 – tópico resolvendo a insolvência – <https://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploretopics/resolving-insolvency> - consultado em 5.1.2021.

abaixo apresenta uma comparação do Brasil com outros países:

Gráfico 3 – Cenário de recuperação



Fonte: Banco Mundial – Doing Business – elaboração própria

O que se verifica, na prática, é que há um alto custo para o consumidor de acesso ao crédito, com consequências nefastas para a economia do Brasil. Em síntese, há um círculo vicioso: o consumidor adquire o crédito com taxas de juros elevadas e não consegue pagar o empréstimo. A instituição financeira por sua vez não recupera o dinheiro disponibilizado, o que encarece o fornecimento do crédito para os demais consumidores. Apesar da definição de onde começa o ciclo, todos perdem com a sistemática atual de disponibilização do crédito⁷.

Uma das causas frequentemente apontadas para o valor do *spread* é a alta concentração bancária. Com efeito, as cinco maiores instituições financeiras concentram cerca de 80% do volume de ativos totais do

7 Neste sentido, vide relatório elaborado pela Federação Brasileira de Bancos: “Como fazer os juros serem mais baixos no Brasil – Uma proposta dos bancos ao governo, Congresso, Judiciário e à sociedade”. 2ª edição – A proposta em debate – Revista e ampliada / Autor: Febraban. São Paulo: Febraban, 2019. p. 83

setor bancário comercial⁸ e o fomento da concorrência no setor é frequentemente debatida.

O que se pretende verificar com o presente estudo é: a concorrência no setor financeiro é relevante para a definição do *spread*? Ato contínuo, medidas de fomento à competitividade tomadas pelo Banco Central são aptas a promover a sua redução?

A análise proposta mostra-se relevante por poder mostrar uma perspectiva de redução dos juros praticados no Brasil, que interferem diretamente no planejamento familiar dos brasileiros.

2. O cenário da concorrência no Sistema Financeiro Nacional (SFN)

O Sistema Financeiro Nacional (SFN) é, nas definições do BCB, *um conjunto de entidades e instituições que promovem a intermediação financeira, isto é, o encontro entre credores e tomadores de recursos.*⁹ É formado pelos agentes normativos, supervisores e pelos operadores. O quadro abaixo, publicado no Relatório de Economia Bancário do Banco Central em 4.6.2020, demonstra que o número de agentes operando no SFN não apresenta grande variação no decorrer dos anos, o que ilustra que a alta concentração no setor, já comentada, se perpetua no tempo.

8 O BCB utiliza o índice de Herfindahl-Hirschman Normalizado (IHHn)⁶³ e a Razão de Concentração dos Cinco Maiores (RC5) participantes nos agregados contábeis ativos totais, operações de crédito e depósitos totais no Brasil.

Tabela 6.1 – Síntese dos indicadores de concentração das séries temporais

Indicadores	Segmento bancário e não bancário			Segmento bancário			Segmento bancário comercial		
	Dez 2017	Dez 2018	Dez 2019	Dez 2017	Dez 2018	Dez 2019	Dez 2017	Dez 2018	Dez 2019
Ativo total									
IHHn	0,1140	0,1090	0,1071	0,1397	0,1334	0,1308	0,1450	0,1390	0,1367
RC5 (%)	70,8	69,3	69,8	81,1	79,5	79,2	82,6	81,2	81,0
Equivale do IHHn	8,8	9,2	9,3	7,2	7,5	7,6	6,9	7,2	7,3
Depósito total									
IHHn	0,1411	0,1297	0,1263	0,1566	0,1447	0,1419	0,1593	0,1479	0,1456
RC5 (%)	80,0	78,4	77,6	84,3	82,8	82,3	85,0	83,8	83,4
Equivale do IHHn	7,1	7,7	7,9	6,4	6,9	7,0	6,3	6,8	6,9
Operações de crédito									
IHHn	0,1276	0,1205	0,1124	0,1614	0,1530	0,1427	0,1708	0,1630	0,1532
RC5 (%)	73,0	70,9	69,8	83,4	82,2	80,7	85,8	84,8	83,7
Equivale do IHHn	7,8	8,3	8,9	6,2	6,5	7,0	5,9	6,1	6,5

Fonte: Relatório de Economia Bancária publicado pelo Banco Central do Brasil ano base 2019. publicado em 4.6.2020. fls. 124.

9 <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/sfn> consultado em 5.9.2019

Tabela 1 – Evolução do quantitativo de instituições autorizadas.

Quadro 1 - Quantitativo de instituições autorizadas³ por segmento

Segmento	Sigla	2014	2015	2016	2017	2018	2019
		Dez	Dez	Dez	Dez	Dez	Dez
Banco Múltiplo	BM	130	132	133	132	131	132
Banco Comercial ^{1/}	BC	22	21	21	21	20	20
Banco de Desenvolvimento	BD	4	4	4	4	4	4
Caixas Econômicas Estaduais/Federal	CE	1	1	1	1	1	1
Banco de Investimento	BI	14	13	14	13	12	11
Banco de Câmbio	B Camb	3	3	3	3	4	5
Sociedade de Crédito, Financiamento e Investimento	CFI	55	53	53	56	58	59
Sociedade de Crédito Direto	SCD					1	11
Sociedade de Empréstimo entre Pessoas	SEP						4
Sociedade Corretora de Títulos e Valores Mobiliários	CTVM	92	87	79	75	68	67
Sociedade Corretora de Câmbio	CC	66	63	63	61	63	55
Sociedade Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários	DTVM	108	102	101	95	94	94
Sociedade de Arrendamento Mercantil	SAM	27	27	25	24	21	21
Sociedade de Crédito Imobiliário ^{2/} e Associação de Poupança e Empréstimo	SCI e APE	9	8	4	3	3	3
Sociedade de Crédito ao Microempreendedor e à Empresa de Pequeno Porte	SCM	40	40	38	38	36	33
Agência de Fomento	AG FOM	16	16	16	16	16	16
Companhia Hipotecária	CH	7	8	9	7	6	6
Instituição de Pagamento	IP			1	6	10	19
subtotal		594	578	565	555	548	561
Cooperativa de Crédito	COOP	1163	1113	1078	1023	973	920
subtotal		1757	1691	1643	1578	1521	1481
Sociedade Administradora de Consórcio	CONS	186	172	166	156	152	148
Total		1943	1863	1809	1734	1673	1629

Fonte: Unicad

Fonte: Banco Central do Brasil

Ocorre que o setor bancário está passando por mudanças profundas em virtude de novas soluções tecnológicas aplicadas ao setor. Como exemplo, cumpre destacar a entrada das *fintechs*¹⁰, startups que oferecem diversos serviços financeiros com baixo custo de operação e

10 Segundo o Relatório de Economia do Banco Central publicado em 28.5.2019 (fls. 141), *fintechs* são :

“(…) um grupo de instituições cujos modelos de negócio se baseiam fortemente em tecnologia inovadora e na utilização intensiva de canais eletrônicos de atendimento e de processamento de serviços. Dois segmentos são reconhecidos nessa categoria: (1) as Instituições de Pagamento, que, embora não sejam classificadas como instituições financeiras, foram inseridas no universo fiscalizável do Banco Central por meio da Lei 12.865, de 9 de outubro de 2013; e (2) as Sociedades de Crédito Direto (SCD) e as Sociedades de Empréstimo entre Pessoas (SEP), instituições financeiras regulamentadas pela Resolução 4.656, de 26 de abril de 2018, especializadas na concessão ou intermediação de empréstimos por meio de plataformas eletrônicas.” (grifos aditados)

alto investimento tecnológico¹¹. A questão é verificar se essa mudança pode ter impacto no *spread* bancário.

3. A relação entre a concorrência no setor e o *spread* bancário

A preocupação com o fomento do ambiente concorrencial no setor financeiro justifica-se visivelmente pela possibilidade de trazer mais opções para o consumidor, que teve à sua disposição por um longo período de tempo praticamente os mesmos operadores.

Para verificar o possível impacto de um ambiente financeiro mais concentrado, os economistas Gustavo Joaquim, Bernardus Van Doornik e José Renato Ornelas propuseram o seguinte modelo: analisar as fusões ocorridas no sistema financeiro brasileiro de 2005 a 2015¹² e verificar se nos municípios em que havia agências bancárias de ambas as instituições que se fundiram foram alterados os juros praticados.

A conclusão foi de que a demanda por crédito é semi-elástica e essa característica permite uma influência direta da concentração bancária. Significa que os bancos possuem uma margem para o aumento da taxa de juros sem que isso afete a demanda¹³. Assim, para o que importa para o presente estudo¹⁴, a conclusão foi de que a redução na concorrência aumenta os *spreads* dos empréstimos e diminui a oferta

11 Em pesquisa publicada em agosto de 2020, o radar *FintechLab* localizou 529 startups no setor divididas em 11 ramos de atuação. São eles: Banco Digitais - 2%; multisserviços; - 3%; Pagamentos - 28%; Empréstimos - 17%; gestão financeira - 18%; Investimentos - 9%; seguros - 4%; criptocurrency - 8%; funding - 4%; negociação de dívidas - 3%; câmbio e remessas - 2%; techfin - 3%.

12 “Our sample uses monthly data from 2005–2015. We drop observations before 2005 due to data quality issues and after 2015 due to our inability to analyze the post period effect of a large merge that occurred in June of 2016.” (JOAQUIM; VAN DOORNIK e ORNELAS. 2019. fls. 12)

13 We propose a model of bank competition and show that the semi-elasticity for the demand for credit is a sufficient statistic for the effect of competition (and, in the model, concentration) on spreads and the effect of spreads on output. (JOAQUIM; VAN DOORNIK e ORNELAS. 2019. fls. 56).

14 O estudo ainda concluiu que o aumento da concentração no sistema financeiro traz outros efeitos indesejáveis tais como aumento do desemprego: “(...) Second, we show that the effect on spreads and credit carries over to the real economy. We show that employment decreases substantially across sectors.” (JOAQUIM; VAN DOORNIK e ORNELAS. 2019. fls. 56)

de crédito¹⁵. Por sua vez, o Relatório de Economia Bancária do Banco Central, ano base 2019 apresentou pesquisa que vai ao encontro do estudo acima elucidado: analisou-se pela aplicação do modelo de *Bresnahan*¹⁶ a elasticidade da demanda por crédito a variações das taxas de juros e considerando o poder de mercado das instituições financeiras¹⁷.

A pesquisa diferenciou diversas modalidades de empréstimos, concluindo que crédito rotativo do cartão de crédito e o consignado são mais sensíveis a taxas de juros e outras, como os juros do cheque especial, são menos sensíveis. Em verdade, a demanda por cheque

15 “(...) we show that a reduction in bank competition is responsible for a significant increase in lending spreads (the difference between lending rates and deposit rates) and decrease in credit volume. This decrease in volume occurs fully through the extensive margin - i.e., less loans in equilibrium, and not smaller loans.

We show that our results are robust in various dimensions and not driven by other channels, such as branch closures and bank-firm relationships. We also do not find a similar impact of M&A episodes when comparing markets with only one of the merging banks against those with zero, which is further evidence that competition is the main driver of our results.” (JOAQUIM; VAN DOORNIK e ORNELAS. 2019. fls. 56)

16 “Em particular, este boxe avalia a sensibilidade da demanda de crédito à taxa de juros e o grau de poder de mercado em diferentes modalidades de crédito livre para pessoas físicas (PFs): cheque especial, crédito pessoal consignado em folha, crédito pessoal não consignado e rotativo no cartão de crédito¹. É dado destaque ao cheque especial, produto que foi objeto de regulação pelo BCB em novembro de 2019. 2Para tal, é feita uma aplicação de um modelo canônico na literatura de medição de concorrência proposto por *Bresnahan* (1982).

Em linhas gerais, o modelo usa preços e quantidades, além de variáveis ligadas ao custo das firmas, para identificar a demanda, e variáveis associadas à demanda para identificar a oferta em um mercado específico de bens ou serviços.” (Relatório de Economia Bancária – 2019 – fls. 155)

17 “Muitas das análises do BCB têm por objetivo oferecer suporte empírico para políticas públicas voltadas à promoção da concorrência no mercado de crédito. Este boxe apresenta metodologia para estimação da sensibilidade da demanda a variações da taxa de juros (elasticidade-juro da demanda) e do grau de poder de mercado dos diferentes produtos de crédito no Brasil.” (Relatório de Economia Bancária – 2019 – fls. 155).

especial foi considerada inelástica¹⁸¹⁹. O estudo também abordou a elasticidade da oferta e concluiu que esta é afetada pelo grau de poder de mercado²⁰.

Mostrou-se ainda que ambientes mais concentrados estão relacionados a taxas de juros mais altos²¹, com destaque para o cheque especial. Assim, comparando as elasticidades da demanda e da oferta conclui-se que o poder de mercado das instituições financeiras é um fator que pode resultar no aumento das taxas de juros.

Em suma, ambos os estudos corroboram o entendimento de que um mercado financeiro mais concentrado tem condições de cobrar taxas de juros mais elevadas, e, portanto, aumentar o *spread* bancário. Cumpre analisar, então, se as medidas adotadas pelo Banco Central para fomento da concorrência possuem condições de favorecer a redução do *spread*.

18 “As modalidades mais sensíveis à taxa de juros – demanda elástica, ou seja, elasticidade-juro maior do que 1 (em módulo) – são as de crédito rotativo no cartão de crédito e consignado em folha, com, respectivamente, -4,24 e -4,18, seguidos do crédito pessoal não-consignado, com -1,08.18 Por exemplo, no caso do crédito consignado em folha, um aumento de 10% na taxa de juros – equivalente a um aumento de 3 pontos percentuais (p.p.) ao ano – leva a uma queda de mais de 40% na demanda por essa modalidade. Por outro lado, a modalidade menos sensível à taxa de juros é o cheque especial – demanda inelástica; ou seja, elasticidade-juro menor do que 1 (em módulo), -0,56.19 Um aumento de 10% na taxa de juros do cheque especial – correspondente a aproximadamente 25 p.p. ao ano em relação à taxa média do painel – leva a uma queda pequena, de aproximadamente 6%, na demanda. A elasticidade é um parâmetro comportamental. Ela é o resultado de um balanceamento complexo entre a existência de produtos alternativos, o quão essencial é o consumo do produto e também de outros fatores, como vieses comportamentais.20 Quanto maior a elasticidade da demanda, maior a disciplina que os consumidores impõem sobre a capacidade de imposição de preço que ofertantes com algum poder de mercado têm. Excetuando o caso de concorrência perfeita, quando o preço é totalmente determinado por custo marginal, a seguinte relação emerge: quanto mais insensível a preço é a demanda, maior o preço do produto. Esse é o caso, por exemplo, do cheque especial – única modalidade que apresentou demanda inelástica.” (Relatório de Economia Bancária – 2019 – fls. 160).

19 a inelasticidade de demanda foi uma das justificativas para a edição da Resolução nº 4.765 de 27 de novembro de 2019 que trouxe medidas aplicáveis ao cheque especial.

20 Os resultados do segundo estágio das regressões em MQ2E da oferta por modalidade – equação (2) sugerem que o grau de poder de mercado afeta a elasticidade-juro da oferta da maior parte das modalidades.24 Particularmente, o coeficiente de conduta, λm (variável “saldo em carteira ativa”), apresentou significância estatística nas modalidades cheque especial, consignado em folha e pessoal não consignado com valores nas estimativas pontuais de 0,11, 0,46 e 0,08, respectivamente (Tabela 4). A estimativa pontual do coeficiente de conduta para o rotativo do cartão de crédito de 0,14 não foi estatisticamente significativa. (Relatório de Economia Bancária – 2019 – fls. 162).

21 A Tabela 4 demonstra que maiores custos com folha de pagamento das IFs e mais concentração (IHH) estão associados a níveis mais elevados de taxas de juros. (Relatório de Economia Bancária – 2019 – fls. 163).

4. O Banco Central e o fomento da concorrência no Sistema Financeiro Nacional

O Banco Central do Brasil é o regulador e principal normatizador do Sistema Financeiro Nacional tendo como mandato a higidez do Sistema Financeiro. É autarquia federal criada pela Lei nº 4.595/64; referida lei também explicita as competências do Banco Central. uma de suas principais atribuições é a sua atuação como agente econômico. Sobre o assunto, cumpre trazer os ensinamentos do professor Eduardo Salomão Neto:

“Além de atuar como executor e fiscal das leis e das normas do CMN sobre a matéria bancária, tem ainda o BC poderes para atuar como agente econômico, praticando atos materiais que interferem diretamente sobre as condições de oferta e demanda do mercado.” (livro digital - posição 2870)

Como reflexo de sua atuação como agente econômico, a atual gestão tem como mote de atuação a agenda BC#, fundada em quatro pilares: inclusão, transparência, educação e competitividade; a autoridade monetária colocou como uma de suas prioridades criar condições favoráveis para fomentar a **competitividade** no setor bancário.

Os quatro pilares estão intrinsecamente ligados: quanto maior a competitividade no setor, maior a necessidade de informar melhor o consumidor e angariar mais clientes para as diversas operadoras; quanto maior a transparência das informações fornecidas pelas operadoras²², mais o cliente estará informado e poderá tomar melhor decisão acerca de qual crédito contratar.

A agenda BC# demonstra a altivez do Banco Central, que está conduzindo uma transformação profunda no Sistema Financeiro Nacional, sendo o catalizador de inovações tecnológicas com repercussões em vários segmentos. O artigo *“O Sistema Financeiro Aberto (Open Banking) Sob A Perspectiva Da Regulação Bancária E Da Lei Geral De Proteção De Dados”* evidencia esse aspecto da atuação do Banco Central:

22 A preocupação das *fintechs* com o acesso à informação e o melhor atendimento possível ao cliente ganhou o nome de *user-centric design* (desenho centrado no usuário), retrato de que a disponibilização à informação a transparência são essenciais.

.....

“O Banco Central do Brasil, começa a se distanciar de seu papel sisudo para acelerar um ambiente favorável às inovações no sistema financeiro brasileiro, desenvolvendo em conjunto as normas regulatórias do mercado financeiro brasileiro. Para tanto, criou o Laboratório de Inovações Financeiras e Tecnológicas (LIFT) há dois anos, tratando-se de uma aceleradora de desenvolvimento de projetos. O Banco Central, então, passa a observar o aspecto regulatório daquilo que tem sido desenvolvido pelas fintechs.” (JARUDE; VITA E WANDSCHEER; 2020; fls. 84)

Já os professores Silvana Fátima Mezaroba Bonsere, Sandro Mansur Gibran e; Fábio da Silva Veiga evidenciaram a importância da atuação do Banco Central não somente para regular o setor financeiro, mas como ator necessário à promoção da competitividade:

“A regulação, por sua vez, acaba tendo um papel importante neste momento ao obrigar o compartilhamento da abertura de dados das instituições que são de maior porte econômico e financeiro¹⁰, haja vista que, ao revés, a competitividade poderia não ser estimulada. Se, por um lado, um mercado financeiro excessivamente regulado pode não contribuir para o desenvolvimento da concorrência, a ausência total de regulação sobre este assunto também permite o crescimento da concentração.” (BONSERE; GIBRAN e VEIGA. fls. 17)

De fato, o Banco Central tomou inúmeras medidas visando à promoção da competitividade do Sistema Financeiro Nacional. Além de possibilitar a entrada novos agentes, como já mencionado, uma das principais agendas de atuação foi o fomento de inovações tecnológicas no setor e, conseqüentemente, na competitividade. Cabe destacar: aprovação do cadastro positivo; implementação do *open banking*; implementação do sistema de pagamentos instantâneos – PIX e implementação do *sandbox* regulatório.²³

Cumpra agora verificar em que componentes do *spread* elas poderão ser efetivas. Para fins meramente didáticos, as medidas foram distribuídas em dois grandes grupos de acordo com a metodologia inicialmente proposta: redução da inadimplência e diminuição das despesas administrativas das instituições financeiras.

Ressalte-se de antemão que não se tratam de iniciativas fechadas, com vistas a solucionar um problema específico; mas, para fins desse estudo, será possível observar o impacto nos dois grandes grupos selecionados.

23 Fonte: https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/bcmMais_competitividade

5. A agenda BC# e a possível redução do *spread*

Dentro da dimensão competitividade, o Banco Central adotou, no contexto da agenda BC#, as seguintes ações: aprovação do cadastro positivo; implementação do open banking; implementação do sistema de pagamentos instantâneos - PIX e implementação do *sandbox* regulatório. Conforme descrito na metodologia, cumpre analisar o impacto das medidas nos componentes inadimplência e despesas administrativas.

5.1 Possibilidade de redução do componente inadimplência - a importância da simetria de informações

Se as instituições que concedem o crédito conseguissem prever e minimizar a inadimplência, poderia haver uma redução expressiva do *spread* já que esse, como demonstrado pelos dados de *spread* em 2019, mencionados acima, é o seu maior componente.

Uma importante medida para viabilizar a análise da concessão do crédito foi a aprovação do Cadastro Positivo, disciplinado pela Lei nº 12.441/2011, alterada pela Lei Complementar nº 166/2019. A ideia é disponibilizar, de forma pré-aprovada pelo consumidor, aos operadores do sistema financeiro um histórico de informações²⁴ que permita avaliar melhor o perfil do solicitante do empréstimo.

24 O art 3º da Lei nº 12.414/2011 disciplina quais informações podem ser repassadas:
Art. 3º Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei.

§ 1º Para a formação do banco de dados, somente poderão ser armazenadas informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado.

§ 2º Para os fins do disposto no § 1º, consideram-se informações:

I - objetivas: aquelas descritivas dos fatos e que não envolvam juízo de valor;

II - claras: aquelas que possibilitem o imediato entendimento do cadastrado independentemente de remissão a anexos, fórmulas, siglas, símbolos, termos técnicos ou nomenclatura específica;

III - verdadeiras: aquelas exatas, completas e sujeitas à comprovação nos termos desta Lei; e

IV - de fácil compreensão: aquelas em sentido comum que assegurem ao cadastrado o pleno conhecimento do conteúdo, do sentido e do alcance dos dados sobre ele anotados.

§ 3º Ficam proibidas as anotações de:

I - informações excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor; e

II - informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

O perfil do tomador que levará em conta informações do tipo de operações financeiras contratadas, o pagamento tempestivo das parcelas, os bancos em que possui relacionamento permite um atendimento qualitativo, com maior agilidade e melhores carteiras. Possibilita conceder empréstimos com menores taxas porque a previsibilidade do retorno é maior.

Impende salientar também uma nova iniciativa acerca do compartilhamento de informações dos consumidores: o Sistema Financeiro Aberto - *Open Banking*. Em 24 abril de 2019, o BCB divulgou o Comunicado nº 33.455 que divulgou os requisitos para a implementação do sistema, que, nos termos do item 4 do referido comunicado consiste no:

“ compartilhamento de dados, produtos e serviços pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas, a critério de seus clientes, em se tratando de dados a eles relacionados, por meio de abertura e integração de plataformas e infraestruturas de sistemas de informação, de forma segura, ágil e conveniente.” (grifos aditados)

A implementação do *open banking* tem o intuito de tornar o mercado financeiro mais ágil, competitivo e inclusivo. A necessidade de fomentar a competição é explicitada no item 2 do referido comunicado:

2. Essa iniciativa tem como objetivo aumentar a eficiência no mercado de crédito e de pagamentos no Brasil, mediante a promoção de ambiente de negócio mais inclusivo e competitivo, preservando a segurança do sistema financeiro e a proteção dos consumidores.

Com efeito, assim como no cadastro positivo, os agentes que concederão os créditos terão acesso aos dados financeiros dos clientes, desde que previamente autorizados. Então, novamente ataca-se o componente “inadimplência” do *spread* pois haverá uma análise mais pormenorizada do perfil do cliente, com possibilidade de cobrança de taxas de acordo com cada situação²⁵.

25 Nesse sentido: “Percebe-se que, com a implementação do Open Banking, a gestão dos dados financeiros dos usuários torna-se mais fluida, o que antes permanecia guardado apenas com um banco agora poderá ser compartilhado mediante autorização do titular; esta concepção permite um estudo afinado sobre os padrões e perfil de cada consumidor. (...) Neste contexto, é possível perceber que outra grande expectativa do mercado é poder oferecer produtos e serviços adequados a seus clientes, mediante observação das normas impostas pelo Código de Defesa do Consumidor e, do ponto de vista do usuário, poder operar dentro daquilo que melhor se encaixa no seu orçamento e estilo de consumo, ampliando as oportunidades de negócio em razão do aumento do poder de escolha e com ganho de eficiência para ambos os lados.” (Veiga, fls. 18).

A diversidade de competidores anteriormente ilustrada permite uma maior inclusão no sistema bancário. Mas é necessária a informação do consumidor para que ele saiba escolher, dentre as opções disponíveis, aquela que melhor o atende. Nesse sentido concluiu o Relatório de Economia Bancária do BCB referente ao ano de 2018:

“O Banco Central do Brasil (BCB) tem buscado avaliar a qualidade e a adequação dos produtos oferecidos pelo sistema financeiro a seus usuários. Quando estes têm acesso amplo a produtos financeiros, e são capazes de compreender o funcionamento dos produtos e de escolher aqueles adequados aos seus perfis, pode-se dizer que há inclusão e educação financeira efetivas.”²⁶”

Os benefícios para os consumidores são notáveis, tendo em vista que por meio de uma plataforma única de dados transacionais, mantida por uma pessoa jurídica, tenha total controle de sua vida financeira, consultando extratos, fazendo pagamentos e outras operações sem a necessidade de acessar a plataforma direta do banco em que é correntista. Dessa forma, o consumidor pode buscar a melhor solução financeira para suas necessidades; haverá a plena portabilidade dos serviços financeiros, a serviço do cliente, com inegável fomento à concorrência. A ideia é propiciar a simetria de informações²⁷.

Nessa toada, a autoridade monetária publicou o Comunicado 34.201 de 12 de setembro de 2019 com os princípios para fomentar as operadoras do SFN na promoção da educação financeira. Esses princípios são: valor para o cliente; amplo alcance; adequação e personalização e avaliação e aprimoramento. Por sua vez, a Resolução Conjunta Do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil nº 1 de 4.5.2020 e Circular nº 4.015 de 4.5.2020 do Banco Central deram o delineamento jurídico do funcionamento do *open banking* no Brasil.

26 Fonte: Relatório de Economia Bancária publicado pelo Banco Central do Brasil em 28.5.2019. fls. 35.

27 Importante ressaltar a necessidade de simetria de informação, não somente das instituições participantes como dos clientes. Nesse sentido: *“O sistema financeiro aberto, quando regulamentado e implementado, deverá ter total cuidado e atenção criteriosa para que não haja assimetria entre as partes, ou seja, entre as instituições participantes e clientes, para avaliar se a manifestação de vontade realmente atende aos requisitos legais (...)”* (JARUDE; VITA E WANDSCHEER; 2020; fls. 84)

Há uma diferença gritante nas taxas de juros cobradas a depender da modalidade de crédito contratada. Enquanto um empréstimo pessoal sem consignado e sem garantia tem a taxa de 111,2% a.a, as modalidades rotativas como cartão de crédito e cheque especial têm a cobrança média de 271%:

Tabela 2 – Taxas de juros por grupos distintos de operação de crédito

Grupo de operações de crédito	Taxa (% a.a.) ²
Modalidades Rotativas	271,0
Crédito pessoal não consignado <u>sem garantia</u>	111,2
Crédito pessoal não consignado <u>com garantia</u>	30,5
Consignado	27,4
Veículos	24,1
Imobiliário	9,3

1/ As taxas de modalidades rotativas, consignado, veículos e imobiliário foram extraídas do Sistema Gerenciador de Séries Temporais. As demais foram extraídas do Sistema de Informações de Crédito (SCR) e se referem apenas a operações prefixadas.

2/ Médias mensais do período compreendido entre jan/16 e dez/18.

Fonte: Banco Central do Brasil

Esse exemplo é interessante porque mostra que um consumidor que não tem acesso a fatores que possam minimizar o custo, como fazer um consignado ou prestar uma garantia, pode pagar uma taxa 2,44 vezes menor se tiver a informação correta²⁸.

Esse é um aspecto relacionado à concorrência que tem o condão de minimizar o componente “inadimplência” do *spread* bancário. A educação financeira propicia ao consumidor a escolha de melhores taxas de tomada de empréstimo e de investimentos. Quanto menor a dívida a pagar, maior a chance de efetivamente quitar o débito e reduzir a inadimplência.

A título de exemplo, o Banco Central concluiu que há uma relação entre o grau de escolaridade do cliente e a utilização do cheque especial; sendo o cheque especial a modalidade mais cara de contratação, quanto menor a escolaridade do cliente, maior a utilização do cheque

28 Comparando a modalidade rotativa com o crédito imobiliário, verifica-se que a taxa de juros cobrada no rotativo é 29,1 vezes maior do que o crédito imobiliário.

especial²⁹.

Novamente, quanto mais informação e controle da sua vida financeira, mais condições o consumidor tem para escolher os melhores créditos e investimentos, sendo essa uma medida que pode reduzir a inadimplência. A expectativa era de que o open banking começasse a funcionar já no segundo semestre de 2020³⁰; no entanto, foi feito um adiamento para fevereiro de 2021 em virtude da pandemia.

5.2 A diminuição dos custos de operação pelas inovações tecnológicas - impacto no gasto com as despesas administrativas das instituições financeiras

A digitalização de serviços financeiros está em franca ascensão. Segundo a pesquisa de Tecnologia Bancária 2020, realizada pela Febraban, há crescente aumento no relacionamento digital dos clientes: crescimento de utilização pelos clientes dos meios digitais para as transações bancárias e desuso do atendimento físico:

29 Foi nesse sentido a conclusão do Relatório de Economia do Banco Central:

“Portanto, os mercados locais, de modo geral, estão mais suscetíveis a observar preços relativamente mais elevados para o cheque especial. A demanda municipal, por ser inelástica, impõe relativamente menos disciplina sobre a capacidade de imposição de preço das IFs ofertantes em caso destas deterem algum poder de mercado. Ademais, as localidades com mais consumidores relativamente menos escolarizados, em especial, além de serem as que mais utilizam o cheque especial, são as que têm demanda menos sensível a variações da taxa de juros.” (Relatório de economia bancária, 2019, fls. 162).

30 Cronograma do Open Banking lançado pelo Banco Central no art. 55 da Resolução Conjunta nº1/2020

Art. 55. Esta Resolução Conjunta entra em vigor em 1º de junho de 2020, com observância dos seguintes prazos:

I - até 30 de novembro de 2020, para a implementação do disposto nos incisos III e VI do art. 44, bem como dos requisitos necessários para o compartilhamento de dados sobre canais de atendimento e produtos e serviços de que trata o art. 5º, inciso I, alíneas “a” e “b”, itens 1 a 5;

II - até 31 de maio de 2021, para a implementação do disposto no inciso IV do art. 44, bem como dos requisitos necessários para o compartilhamento de dados de cadastro e de transações de que trata o art. 5º, inciso I, alíneas “c” e “d”, itens 1 a 5;

III - até 30 de agosto de 2021, para a implementação dos requisitos necessários para o compartilhamento de serviços de que trata o art. 5º, inciso II; e

IV - até 25 de outubro de 2021, para a implementação dos requisitos necessários para o compartilhamento de:

- a) dados sobre produtos e serviços de que trata o art. 5º, inciso I, alínea “b”, itens 6 a 10; e
- b) dados de transações de que trata o art. 5º, inciso I, alínea “d”, itens 6 a 11.

Tabela 3 – Quantitativo de transações bancárias

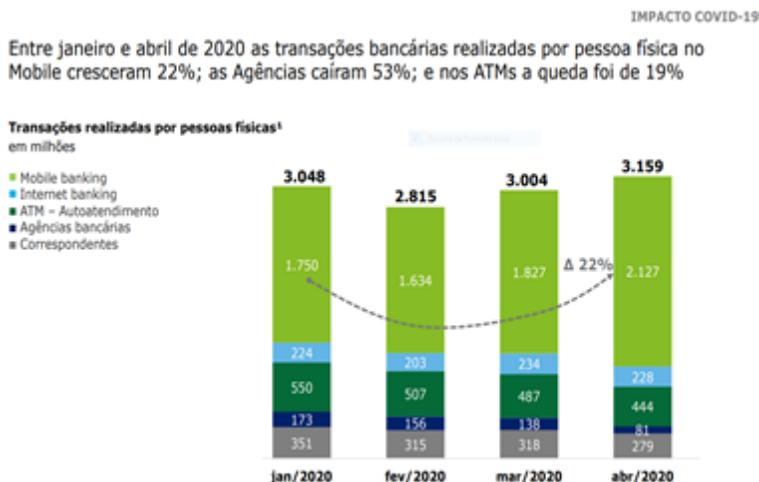
Transferências e pagamentos de contas migram das agências e dos ATMs para o Mobile Banking

Em milhões de transações	Agências e PAB's			ATMs		
	2018	Δ	2019	2018	Δ	2019
Saldo e extratos	1.288	12%	1.444	3.092	-6%	2.901
Transferência / DOC / TED	64	-1%	63	215	-13%	187
Contratação de crédito	51	10%	56	63	0%	63
Contratação de seguros	19	16%	22	0,7	28%	0,9
Depósito	517	18%	612	785	-9%	714
Pagamento de contas	578	-1%	570	790	-13%	686
Saques	367	3%	376	2.444	9%	2.659

Fonte: Febraban

Não bastasse, o advento da pandemia por Covid-19 mostrou ainda mais necessário o aprimoramento dos meios digitais, tendo em vista a recomendação de isolamento social e a utilização, na medida do possível, de serviços à distância. Corroborando essa tendência, a Febraban constatou a crescente utilização dos meios digitais entre os meses de janeiro a abril de 2020:

Gráfico 4 – Impacto da Covid-19 nos meios utilizados para transações bancárias



Fonte: Febraban

Atento à necessidade de fomentar a tecnologia no setor, mas também focado na segurança das operações financeiras, o Banco Central em conjunto com a CVM e a Susep divulgaram consulta

pública para implementar o projeto de *Sandbox* regulatório³¹.

Em resumo, o *sandbox* consiste em flexibilizar determinados requisitos regulatórios específicos para que alguns agentes previamente selecionados possam testar novos serviços e produtos financeiros, mas com segurança³².

Essa é uma iniciativa muito importante para o fomento das novas tecnologias do setor, tendo em vista que uma das maiores dificuldades apontadas pelas *fintechs* é justamente compatibilizar o marco regulatório com as inovações financeiras³³.

Iniciativa intrinsecamente relacionada ao open banking e ao *sandbox* é a implementação dos pagamentos instantâneos – PIX, instituído pela Resolução BCB nº 1 de 12 de agosto de 2020. Segundo o BCB, pagamentos instantâneos:

“são as transferências monetárias eletrônicas entre diferentes instituições nas quais a transmissão da mensagem de pagamento e a disponibilidade de fundos para o beneficiário final ocorre em tempo real e cujo serviço está disponível para os usuários finais durante 24 horas por dia, 7 dias por semana e em todos os dias no ano.”³⁴

A inovação já permite uma mobilidade muito maior dos recursos financeiros, sem limitação de horário ou dia útil; a transferência será realizada por um aplicativo instantâneos (PSP) à escolha do consumidor e não precisará de dados como banco agência ou mesmo CPF do destinatário. A ideia é tornar a operação o mais simples possível.

Ademais, o Banco Central é o gestor da plataforma, que é de participação obrigatória para as grandes instituições financeiras e

31 Comunicado Conjunto Ministério da Economia, Banco Central, CVM e Susep: divulgação coordenada para implantação de regime de *sandbox* regulatório nos mercados financeiro, securitário e de capitais brasileiros. divulgado em https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/16776/nota_econsultado em 28.8.2020.

32 Sobre o assunto, o professor Eduardo Bruzi assim discorreu: “A *sandbox* regulatória, a partir dos objetivos que conduzem à sua instituição e da dinâmica do seu funcionamento, pode ser conceituada, portanto, dentro da teoria da regulação, como um instrumento regulatório de fomento baseado em incentivo regulatório por meio de experimentalismo estruturado tendo como pilar indutivo a isenção normativo-regulatória temporária.” in BRUZZI, Eduardo. “*Fintechs e Sandboxes regulatórias: onde o fomento encontra o experimentalismo.*” publicado em Jota Info. 29.6.2019

33 Segundo Relatório de Economia do Banco central edição 2020 – p. 141

34 <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/pagamentosinstantaneos> consultado em 27.8.2019

facultativa para as demais bem como para a Secretaria do Tesouro Nacional³⁵.

A ideia é fomentar a utilização da plataforma; sendo um mercado de múltiplos lados³⁶, pois quanto mais instituições financeiras integrarem a plataforma, mais o consumidor terá incentivos em acessá-la.

Não bastasse, o Banco Central anunciou no lançamento do PIX que o custo será de R\$0,01 (um centavo de real) para cada dez pacotes de transações³⁷. Em consulta realizada ao site do Banco Central, verificou-se, por exemplo, que a tarifa média cobrada pelas instituições financeiras para uma transferência eletrônica (DOC/TED) é R\$ 10,00 (dez reais)³⁸.

Não haverá um tabelamento de valores para a utilização do PIX,

35 Resolução BCB nº 1, de 12 de agosto de 2020

Art. 3º A participação no Pix é obrigatória para as instituições financeiras e para as instituições de pagamento autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil com mais de quinhentas mil contas de clientes ativas, consideradas as contas de depósito à vista, as contas de depósito de poupança e as contas de pagamento pré-pagas (...)

§ 3º Além das instituições mencionadas no caput, fica facultada a adesão ao Pix:

I - das demais instituições financeiras e instituições de pagamento que ofereçam as contas de que trata o § 1º;

II - da Secretaria do Tesouro Nacional, na condição de ente governamental.

36 A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE publicou em 2009 estudo sobre mercado de múltiplos lados, considerando serem necessários 3 elementos essenciais para a sua caracterização: dois grupos de consumidores; a existência de efeitos de rede e não neutralidade da estrutura de preços. Referido considerou o sistema de pagamentos um exemplo de mercado de múltiplos lados:

“2.3 Payment Systems

Payment systems, such as cash, bank checks, and payment cards, cater simultaneously to two different groups of customers: buyers and sellers.¹³They provide customers with the ability of transacting goods and services without having to resort to barter. A payment system is viable only if both buyers and sellers use it.¹⁴There is an indirect network effect between buyers and sellers. A payment system is more valuable to sellers if more buyers take the tender, and more valuable to buyers if more sellers take the tender. There is a wide range of price structures for payment systems reflecting the large variety of underlying institutions. Cash involves no direct charges to either side, but might involve substantial implicit costs like those associated with inflation, storage, or the risk of theft. In some countries checking services are paid by the seller and involve no costs to the buyer; in other countries both parties are charged. Payment cards might involve charges to both sides, with sellers paying most of it.” (fls. 27)

37 Essa informação está disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=grX3av81FJA>>. Acesso em 26 ago. 2020. Lançamento da Marca Pix, a partir de 1h12

38 <https://www.bcb.gov.br/fis/tarifas/htms/htarco02F.asp?idpai=TARIFA?debug=true&frame=1> consultado em 26.8.2020

mas sem dúvida o seu baixo custo criará incentivos para que todos os agentes envolvidos, clientes e instituições financeiras, utilizem a plataforma. Ademais, cria uma forte concorrência e incentivo para que as maiores instituições financeiras reduzam os preços dos serviços ofertados.

Com esse modelo, a expectativa é estimular a concorrência e fomentar soluções inovadoras que possuem o condão de diminuir as despesas administrativas estimulando a concorrência no setor.

Conclusão

O objetivo da presente análise não foi indicar, no jargão usualmente utilizado nas discussões sobre o tema, a “bala de prata” que vai resolver o problema do alto *spread* bancário no Brasil; o intuito foi dar início ao debate, abordando as práticas e inovações que já estão acontecendo e que podem surtir o impacto necessário na redução do *spread* nacional.

O fomento da concorrência no setor já promoveu um inegável avanço tecnológico, com possibilidades reais de diminuição dos custos de administração. Isso permitiu aos operadores do SFN uma racionalização dos custos e um investimento direcionado em tecnologia³⁹.

A maior oferta de operadores no SFN aliada à educação financeira do consumidor permite que este faça melhores escolhas de crédito, com taxas menores e mais adequadas à sua necessidade. Com taxas menores, a tendência é a inadimplência diminuir.

A aprovação de medidas como *open banking*, cadastro positivo e pagamentos instantâneos consagra a simetria de informações entre os diversos operadores, desde grandes bancos até *fintechs* recém entrantes no mercado.

As medidas aqui abordadas são extremamente recentes, sem resultados palpáveis num primeiro momento, de apuração ainda mais dificultada pelo advento da Covid-19, com vários desafios ainda

39 Nesse sentido cumpre destacar a reportagem: ‘Revolução bancária leva fintechs às compras e promete elevar concorrência’ publicada no Estado de São Paulo no dia 30.8. 2020, que bem traduz a expectativa do mercado com as inovações tecnológicas e a promoção da concorrência perseguida pelas medidas do Banco Central,

a serem enfrentados⁴⁰, mas estão alinhadas com o recente estudo do BCB que apontou o índice de concorrência como fator que influencia na fixação do *spread* bancário.

Apesar da constatação de que isoladamente o aumento na concorrência não impacta o *spread* de forma suficiente para a sua redução, segue o relatório afirmando que são necessárias medidas que reduzem a inadimplência, aumente a recuperação de garantias e reduzam a assimetria de informação como fundamental para a redução do *spread* bancário⁴¹:

“(...) os resultados indicam que, apesar de o ambiente concorrencial ser um fator relevante para a determinação do spread, um aumento do grau de concorrência sozinho provavelmente não seria capaz de promover redução expressiva dos spreads. (...)”

Esse resultado está em linha com a decomposição do spread bancário que vem sendo reportada no Relatório de Economia Bancária e reforça o diagnóstico de que, para redução sustentável do custo do crédito, é fundamental avançar em iniciativas que reduzam a inadimplência, aumentem a capacidade de recuperação de garantias e reduzam assimetrias de informação sobre os tomadores de crédito.”

Não é demais lembrar que o Banco Central atua como regulador do Sistema Financeiro Nacional e o sucesso das medidas tomadas depende em grande parte da resposta do mercado, que nem sempre ocorre como o planejado⁴².

O fomento da concorrência é sempre necessário. No caso da concorrência no sistema financeiro nacional, é fator imprescindível

40 Apenas a título de exemplo, a compatibilidade com a Lei Geral de Proteção de Dados é um dos desafios mais proeminentes: *“O grande desafio do Banco Central do Brasil será evitar conflitos com a Lei Geral de Proteção de Dados e outras legislações pertinentes, definindo os principais aspectos jurídicos, comerciais e operacionais do sistema open banking, bem como a padronização dos APIs e sistemas de segurança a serem utilizados, essencial para mitigar os riscos de utilização indevidas de dados e ataques cibernéticos com dados tão essenciais e valiosos.”* (JARUDE; VITA E WANDSCHEER; 2020; fls. 93-94)

41 Relatório de Economia Bancária publicado pelo Banco Central do Brasil em 28.5.2019. fls. 174

42 apenas como exemplo, o Banco Central no início da pandemia promoveu ações para acesso ao crédito para micro e pequenas empresas, mas ao invés disso o crédito foi em sua maior parte para empresas de grande porte que tinham mais acesso a informações e condições de liquidez, ao que foi atribuído pelo presidente do BC de “fenômeno álcool gel”
Fonte: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2020/04/03/bc-ve-cenario-altamente-recessivo.ghtml> consultado em 2.9.2020

para o acesso ao crédito e desenvolvimento da economia nacional.

Bibliografia

ALVES, Cristina Nacif. Metodologia de pesquisa. FGV Direito Rio. Rio de Janeiro. 2004

BONSERE, Silvana Fátima Mezaroba; GIBRAN, Sandro Mansur e; VEIGA, Fábio da Silva. Open Banking: Expectativas e Desafios para o Mercado Financeiro no Brasil. Administração de Empresas em Revista, e-ISSN: 2316-7548. Curitiba. 2019.

BRASIL, Banco Central. Circular nº 4.015 de 4 de maio de 2020 disponível em https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/51025/Circ_4015_v1_O.pdf

BRASIL, Banco Central. Comunicado nº 33.455 de 24 de abril de 2019 disponível em <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=32694>

BRASIL, Banco Central. Comunicado nº 34.201 de 12 de setembro de 2019 disponível em <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=34201>

BRASIL, Banco Central. .Nota Técnica ° 45 – Indicador de Custo do Crédito. Junho de 2018. Brasília. disponível em <https://www.bcb.gov.br/depec/NotasTecnicas/2018nt45custocred>

BRASIL, Banco Central. Relatório de Economia Bancária publicado pelo Banco Central do Brasil. Ano base 2017, publicado em 30.6.2018 disponível em <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/31122017>

BRASIL, Banco Central. Relatório de Economia Bancária publicado pelo Banco Central do Brasil. Ano base 2018, publicado em 28.5.2019 disponível em <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/31122018>

BRASIL, Banco Central. Relatório de Economia Bancária publicado pelo Banco Central do Brasil ano base 2019. publicado em 4.6.2020. disponível em <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria>

BRASIL, Banco Central. Resolução Conjunta CMN e BCB nº 1 de 4

de maio de 2020. Disponível em https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/51028/Res_Conj_0001_v1_O.pdf

BRASIL, Banco Central. Resolução BCB nº 1 de 12 de agosto de 2020. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=1>

BRASIL, Banco Central. Série Perguntas Mais Frequentes: Juros e Spread Bancário. fls. 11. consultado em https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/Documents/publicacoes/serie_pmf/FAQ%2001-Juros%20e%20Spread%20Banc%C3%A1rio.pdf no dia 6.9.2019

BRUZZI, Eduardo. Fintechs e Sandboxes regulatórias: onde o fomento encontra o experimentalismo. publicado em Jota Info. 29.6.2019

CALDEIRA, Jorge. História da Riqueza do Brasil. Cinco séculos de pessoas, costumes e governos. Rio de Janeiro. Estação Brasil. 2017. fls. 261/262

CASTRO, Eduardo Rodrigues Fabrício de. Revolução bancária leva fintechs às compras e promete elevar concorrência. publicada no jornal Estado de São Paulo dia 30.8.2020.

FEBRABAN. Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária - ano base 2018 - disponível em <https://portal.febraban.org.br/pagina/pt-br/pesquisa>

FEBRABAN. Como fazer os juros serem mais baixos no Brasil - Uma proposta dos bancos ao governo, Congresso, Judiciário e à sociedade. 2º edição - A proposta em debate - Revista e ampliada / Autor: Febraban. São Paulo: Febraban, 2019. p. 83

FINTECHLAB. RADAR FINTECHLAB 2019, disponível em <https://fintechlab.com.br/index.php/2019/06/12/8a-edicao-do-radar-fintechlab-registra-mais-de-600-iniciativas/>

JARUDE, Jamile Nazaré Duarte Moreno; VITA, Jonathan Barros e; WANDSCHEER, Lucelaine dos Santos Weiss. O Sistema Financeiro Aberto (Open Banking) Sob a Perspectiva da Regulação Bancária e da Lei Geral de Proteção de Dados; Rev. Brasileira de Filosofia do Direito | e-ISSN: 2526-012X | Evento Virtual | v. 6 | n. 1 | p.78-95 | Jan/Jun. 2020. pp. 78-95

JOAQUIM, Gustavo; ORNELAS, José Renato e; VAN DOORNIK,

Bernadus. Bank Competition, Cost of Credit and Economic Activity: evidence from Brazil. Working Papers 508. Brasília. Outubro de 2019. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/pec/wps/ingl/wps508.pdf>

MOREIRA, Talita. Fintechs concedem R\$ 1,2 bi e miram crédito sem garantia. Reportagem publicada no jornal Valor Econômico em 19.9.2019.

PRODANOV, Cleber Cristiano. Metodologia do Trabalho Científico. Métodos e Técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2ªed. Novo Hamburgo. Feevale. 2013

OCDE. Two-sided markets. 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>. Acessado em 26.8.2020.

SALOMÃO NETO. Eduardo. Direito Bancário (libro eletrônico). 3ª ed. ver. e ampl. São Paulo. Trevisan Editora. 2020.

CAMAROTTO, Murillo. e TALAR, Estevão. BC vê cenário 'altamente recessivo'. Publicado em 3.4.2020 em <https://valor.globo.com/financas/noticia/2020/04/03/bc-ve-cenario-altamente-recessivo.ghtml>. consultado em 2.9.2020

TORRES, Frederico. Biva, Nexoos, Kavod e outras empresas peer-to-peer: o Brasil está preparado?. Publicado em 29.11.2019 em <https://educandoseubolso.blog.br/2018/11/29/peer-to-peer-biva-nexoos/>.

Sites

<https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/bchashtag> consultado em 31.8.2020

https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/bcmais_competitividade consultado em 31.8.2020.

<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/pagamentosinstantaneos> - consultado em 26.9.2019

<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/sfn> - consultado em 5.9.2019

https://www.bcb.gov.br/conteudo/homeptbr/TextosApresentacoes/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_Presidente_Ilan_Goldfajn_Agenda_BC_Mais_20122016.pdf consultado em 2.9.2020.

https://www.bcb.gov.br/conteudo/homeptbr/TextosApresentacoes/ppt_balanco_agenda_bc_2019.pdf consultado em 2.9.2020

<https://databank.worldbank.org/reports.aspx?source=2&series=FR.INR.RINR&country=#> - consultado em 25.8.2020

<https://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploretopics/resolving-insolvency> - consultado em 5.1.2021