



Ministério da Justiça e Segurança Pública- MJSP
Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4 Ed. Carlos Taurisano, 4º andar - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504
Telefone: (61) 3221-8409 - www.cade.gov.br

NOTA TÉCNICA Nº 19/2019/DEE/CADE

Estudo: 08700.001983/2019-34

Ementa: Estudo a respeito do mérito do Projeto de Lei Complementar - PLP 523/2018 de autoria do Deputado Hugo Leal. A presente nota busca demonstrar por que o referido projeto é de suma importância para o Brasil e para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sendo um avanço institucional no combate aos cartéis e à utilização indevida de poder de mercado.

1. INTRODUÇÃO

A Assessoria da Presidência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) solicitou a este Departamento de Estudos Econômicos (DEE) manifestação a respeito do mérito do Projeto de Lei Complementar 523/2018, de autoria do Deputado Hugo Leal.

A presente nota busca demonstrar por que o referido projeto é de suma importância para o Brasil e para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sendo um avanço institucional no combate aos cartéis e à utilização indevida de poder de mercado.

2. ANÁLISE DO MÉRITO

O projeto de Lei acima busca municiar o CADE com informações constantes nos bancos de dados da Receita Federal, para auxiliar na instrução destes processos, e em especial na identificação de prática ilícitas, como as práticas de cartel (a exemplo de combinação de preços entre concorrentes).

Nas palavras do ex-Conselheiro Alessandro Octaviani Luis:

“Em uma metáfora: dificilmente cartéis registrariam suas atividades ilícitas em cartório; cartéis são pensados e organizados para não serem descobertos, e não o inverso. Esse é um tipo de conduta há muito conhecida, tendo recebido a alcunha de “câncer das economias de mercado” por Mario Monti, ex-Comissário Europeu para assuntos concorrenciais. Entre nós, vale lembrar a sugestão do ex-Conselheiro do CADE Luis Fernando Schuartz, para quem os cartéis “são os vilões por excelência do direito da concorrência. Eles são considerados não apenas em toda parte como ilícitos antitruste, mas em vários ordenamentos também como criminosos. Assim, nenhum agente articula um cartel ao longo de anos deixando, de forma explícita e proposital, provas cabais do ilícito pelo caminho”.^[1]

E este projeto de Lei pode auxiliar à sociedade brasileira a ultrapassar esta dificuldade probatória, ajudando, assim, a desvendar, com maior precisão, onde e quando estes ilícitos e acordos secretos ocorrem. Com efeito, o presente projeto de Lei vem atender o anseio do CADE expresso no item v do estudo “*Repensando o setor de combustíveis: medidas pró-concorrência*”.^[2]

Como já referido, a almejada flexibilização do art.198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 é uma medida necessária para melhorar os instrumentos à disposição do CADE, Autoridade Antitruste brasileira, para

investigação de práticas de cartel e para análise do abuso do poder econômico em geral, mas que não se limita apenas às investigações no setor de combustíveis, sendo útil, também, o repasse de informações tributárias ao CADE para análises mercadológicas em diversos outros setores econômicos.

Como referido pelo Autor do Projeto, o art.9, 11 e 13 da Lei 12.529/2011 já permite ao CADE extenso poder investigatório, incluindo a possibilidade de solicitação de informação a qualquer pessoa e até mesmo de órgãos públicos.

Todavia, em que pese seja a Lei 12.529/2011 posterior ao Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), como o CTN possui *status* de Lei Complementar, bem como prevê regras rígidas de repasse de informação tributária a outros órgãos e agentes públicos, é possível que exista insegurança por parte dos servidores da Receita Federal em repassar ao CADE informações de forma ampla e abrangente.

A este respeito, a redação atual do inciso II do § 1º do art. 198 do Código Tributário Nacional apenas permite o compartilhamento de informações fiscais com “*autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a **instauração regular de processo administrativo**, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa*”.

Ou seja, como bem referido pelo Autor do Projeto de Lei, o CADE apenas poderia solicitar da Receita Federal, notas fiscais, de uma empresa investigada, quando já estivesse de posse de provas ou de indícios de que houve um cartel ou outro ilícito administrativo e possuísse a convicção de que determinada empresa está envolvida no ilícito.

Ocorre que este tipo de abordagem é contraproducente, já que serve apenas para quantificar danos de uma conduta ilícita, já previamente demonstrada. Deixa-se de utilizar a base de dados da receita federal em conjunto com algoritmos econométricos, de aprendizado de máquina e de teoria de complexidade (i) para selecionar qual região do mercado possui maior probabilidade de cometimento de ilícitos, coordenados ou unilaterais, em prol do uso racional dos recursos públicos em investigações; (ii) para contracheçagem de informações de atos de concentração que, por definição, não são ilícitos e, portanto, não demandam abertura de processos administrativos, sabendo-se que estes procedimentos possuem prazo curto de análise; (iii) para análise de estruturas mercadológicas concentradas de forma a permitir a advocacia da concorrência quando necessário.

A respeito da necessidade de uso de banco de dados para análise de práticas anticompetitivas, André Suriane da Silva, Silvinha P. Vasconcelos e Claudio R. F. Vasconcelos (2017) explicam que de posse de informações constantes em notas fiscais (como preço, custo e quantidade das empresas de um dado setor), é possível criar tais filtros de análise de cartel:

Filtros de cartel indicariam “*os principais candidatos para uma investigação posterior*” e “*poupariam esforços e aumentariam a efetividade da defesa da concorrência. Ou seja, os filtros podem reduzir o espaço de busca dos órgãos competentes, ordenando os candidatos mais prováveis para cartel. Alguns trabalhos recentes nesta linha, como os de Doane et al. (2013)[3], Perloff (2007),[4] Harrington e Chen (2006)[5], Harrington (2005)[6], Grossman (2004)[7], buscaram traçar perfis comportamentais de cartéis que se traduzissem em padrões de variações de escolhas chave das firmas. Dentre estas variáveis, o preço tem se destacado como capaz de transmitir informações do funcionamento do mercado e das suas decisões estratégicas*”.[8]

Além disto, o conhecimento das estruturas mercadológicas, independentemente de um delito penal ou administrativo, serve de instrumento de elevada importância e precisão em atos de concentração. Para saber se uma fusão de empresas pode gerar danos aos consumidores, é possível utilizar metodologias de simulação, extremamente sofisticadas, desenvolvidas por diferentes autores, como Gregory Werden[9] e Carl Shapiro[10], citados aqui de maneira apenas exemplificativa. Há uma extensa bibliografia a este respeito.

Esta análise extremamente complexa deve ser feita pelo CADE em prazo curto.

Conforme o artigo 7º da Resolução nº 2 do CADE, de 29 de maio de 2012, o CADE dispõe de apenas 30 dias para fazer análises de concentração enquadradas sob o rito sumário. Também, os § 2º e § 9º da Lei 12.529/2011 estipulam prazos máximos de apreciação de Atos de Concentração complexos.

Nos Estados Unidos, a Autoridade Antitruste analisa Atos de Concentração, tendo à sua disposição diversos Terabytes de informação para realização deste tipo de tarefa, por meio de um procedimento chamado “Electronic Discovery”.[11] Este procedimento, no entanto, gera um custo privado. No Brasil, o CADE não possui, à sua

disposição, o mesmo nível de informação que os Estados Unidos possui para o julgamento de concentrações empresariais. Caso o CADE tivesse acesso à base da Receita Federal, seria possível ter um cenário em que a Autoridade Antitruste teria um número substantivo de informações, sem gerar o custo privado para as requerentes e para terceiros, que muitas vezes devem responder grandes questionários em curto espaço de tempo.

Além da análise de Atos de Concentração, as informações de preço e de quantidade no nível desagregado são essenciais à boa execução da política concorrencial, em diferentes aspectos. É por meio do acesso de informações desagregadas (de preço, de custo e de quantidade) que é possível realizar:

- estimativas de danos de cartel;
- análise dos efeitos das práticas unilaterais;
- “filtros” de cartel, que permitam identificar práticas ilícitas, pela identificação, tempestiva, de parâmetros de precificação e de lucro destoantes do comportamento médio de alguns agentes em mercados específicos;
- análise de atos de concentração
- entre outros tipos de estudos e análises, próprios da função de advocacia da concorrência, como estudos setoriais e análise de impacto regulatório-concorrencial. Aliás, as bases de dados da ANATEL, da ANP (via Levantamento de Preços e de Margens de Comercialização de Combustíveis - LPMCC) e da ANVISA (via Sistema de Acompanhamento do Mercado de Medicamentos - Banco Sammed), para citar apenas alguns exemplos, possuem limitações substantivas, já identificadas por este DEE. Caso o CADE tivesse acesso à base da Receita Federal, poderia indicar o que, no âmbito regulatório, poderia ser modificado nas referidas bases de dados regulatórias, para melhorar a qualidade da Regulação.

Em todos estes casos citados acima, no entanto, não basta ter acesso apenas aos dados de preço e de quantidade de uma única empresa, já investigada em um processo administrativo em curso. Em regra, há necessidade de ter acesso a dados do mercado inteiro (incluindo dados de preço e de quantidade de terceiros que não fazem parte do cartel, da prática unilateral ou mesmo de um ato de concentração).

Com base em dados do mercado inteiro, o CADE poderá fazer a análise dos efeitos das concentrações, por meio da comparação de situações contrafáticas, buscando identificar as diferenças de preços e de comportamentos das empresas, sob diferentes circunstâncias.

Ademais, como bem salientado pelo Autor do Projeto:

“Atualmente, a análise é feita pelo CADE de maneira muito custosa e demorada, pelo envio, caso a caso, de vários ofícios a uma série de agentes do mercado, que às vezes não são investigados e não fazem parte dos atos de concentração. Muitas destas informações, no entanto, já constam dos bancos de dados da Receita Federal. Ou seja, ao não permitir que bancos de dados sejam trocados, de maneira livre, entre CADE e Receita Federal, perde-se uma oportunidade relevante e aumenta-se o custo social, com solicitações de informações que o Estado já possui. Ao permitir a troca de informações de maneira ampla entre CADE e Receita Federal, também, se diminui a possibilidade de as empresas apresentarem diferentes versões a respeito de seus preços e seus faturamentos para ambos os órgãos.”

Ou seja, o CADE já tem, por mandamento legal, direito de pedir tais informações e de acessar estas informações. Portanto, é importante ressaltar que o sistema atual apenas gera custos: custos públicos do CADE, custos privados das partes que devem responder a extensos questionários, custos de transação mais diversos e custos dos consumidores que estão sendo regulados via ambiente com algum desnível informacional por falta de uma cooperação orgânica entre as diferentes partes do Estado brasileiro. Assim, se o CADE já pode ter acesso a este tipo de informação, as regras atuais apenas geram retrabalho e agudizam a assimetria informacional entre o setor público e o setor privado.

Além disto, a instrução dos processos no CADE poderia se tornar simplificada e ter melhor qualidade e agilidade, se o órgão tivesse acesso às informações tributárias disponíveis na Receita Federal, de maneira mais ampla, pelos motivos já elencados.

É relevante referir, também, que o Cade hoje conta com diversos controles altamente aderentes à norma ISO 27002 - Código de Práticas para a Gestão de Segurança da Informação - prevendo a proteção de informações

sensíveis, a partir de procedimentos orgânicos, ambientais, técnicos e processuais a fim de garantir o respeito aos princípios de confidencialidade, integridade e autenticidade das informações, além do atendimento à Lei 12.527 - Lei de acesso à informação. O CADE instituiu o projeto Cadeado, com o objetivo de aprimorar a gestão e governança da segurança da informação e comunicação. Esse projeto foi responsável pela instituição de Política de Segurança da Informação e Comunicações – POSIC; Estrutura de Segurança da Informação e Comunicações, Comitê de Segurança Institucional do Cade – CSIC; Regimento Interno do CSIC; e Regimento Interno da Equipe de Tratamento e Resposta a Incidentes de Redes Computacionais – ETIR. Além dessa iniciativa, o Cade iniciou parceria com a Agência Brasileira de Inteligência - Abin e passou a integrar o Programa Nacional de Proteção do Conhecimento Sensível – PNPC. Esse programa é um instrumento preventivo para a proteção e salvaguarda de conhecimentos sensíveis de interesse da sociedade e do Estado brasileiro, em consonância com a Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999

Como evidência desta autarquia no compromisso de resguardar os princípios de segurança em relação a informações do Estado, cabe informar que foram publicadas normas e procedimentos de segurança para gestão de pessoas, controle de acesso, uso de computadores, dispositivos móveis, serviços de conectividade, ativos de infraestrutura, conversão de documentos físicos em digitais e outras, prevendo um comportamento padronizado e controlável de procedimentos realizados pelas equipes técnicas da autarquia. Ademais, há diversos controles técnicos já implementados, adquiridos e planejados no que tange à melhoria contínua de tecnologias para comunicação segura, criptografia de informações, descarte de mídias a fim de manter os níveis requeridos de segurança para os dados já mantidos pelo Cade em suas ações de investigação, análise e julgamento. O CADE possui sala cofre, onde informações secretas obtidas em buscas e apreensões são analisadas, resguardando-se o sigilo necessário de informações comerciais, além disto, a informação processual é disponibilizada por meio do sistema SEI, em que apenas os agentes autorizados possuem acesso a informações que lhes dizem respeito. A Lei 12.529/2011, no seu art. 44, prevê, inclusive, punição administrativa àquele que prestar serviços ao Cade ou a Seae, a qualquer título, e que der causa, mesmo que por mera culpa, à disseminação indevida de informação acerca de empresa, coberta por sigilo, sem prejuízo de responsabilização cível e penal .

Também, a Seção II do Capítulo II, do Regimento Interno do CADE (arts.89 e seguintes do Regimento) dão grande segurança na forma como dados sigilosos são manipulados dentro dos processos administrativos da Autarquia.

Deste modo, há um aparelhamento institucional para a recepção e para a análise de informações empresariais confidenciais, dentro do CADE, o que serviria de arrimo à garantia de confidencialidade de informações obtidas com bases de dados da Receita Federal.

3. CONCLUSÃO

Como referido ao longo da presente nota, o Projeto de Lei Complementar - PLP 523/2018 merece aplausos, sendo um projeto de suma importância para o Brasil. Este projeto eleva o Brasil para um patamar de países que consegue utilizar a informação disponível de maneira inteligente, sem retrabalho e sem custos derivados de assimetrias informacionais indesejadas.

É a nota,

Brasília,

31 de maio de 2019.

DEE/CADE

[1] Voto de Alessandro Octaviani Luis, de 23 de agosto de 2013, constante do Processo Administrativo Nº 08012.011027/2006-02

[2] De acordo com http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-do-cade_medidas-28maio2018-final.pdf, verificado em 8 de junho de 2018

[3] DOANE, M. J. *et al.* Screening for Collusion as a Problem of Inference. 40. BLAIR, R. D. e SOKAL, D. D. OXFORD HANDBOOK ON INTERNATIONAL ANTITRUST ECONOMICS: OXFORD HANDBOOK ON INTERNATIONAL ANTITRUST ECONOMICS, 2013.

[4] PERLOFF, J. M.; KARP, L. S.; GOLAN, A. **Estimating market power and strategies**. New York, NY: Cambridge University Press, 2007. xi, 340 p. ISBN 9780521804400.

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

[6] HARRINGTON, J. Detecting cartels. **Handbook in Antitrust Economics**, (MIT Press), forthcoming, 2005.

[7] GROSSMAN, P.Z. **How cartels endure and how they fail**. Northampton, US: Edward Alga, 2004. ISBN 1858988306.

[8] De acordo com SILVA, André Suriane da; VASCONCELOS, Silvinha P. ; VASCONCELOS, Claudio R. F. . O uso de filtros de cartões: uma aplicação para o caso do varejo de combustíveis no Brasil. Disponível em https://www.anpec.org.br/encontro/2017/submissao/files_I/i9-e9c3eb141115afbf32d21b03cac5c5.pdf verificado em 8 de junho de 20108.

[9] WERDEN, G. (1981). The use and misuse of shipments data in defining geographic markets. *The Antitrust Bulletin*, 26, 719-737.

WERDEN, G. (1992). The History of antitrust market delineation. *Marq. L. Rev.*, 76, 123.

WERDEN, G. (1996). A robust test for consumer welfare enhancing mergers among sellers of differentiated products. *The Journal of Industrial Economics*, 409-413.

WERDEN, G. (1998). Demand elasticities in antitrust analysis. *Antitrust Law Journal*, 66(2), 363-414.

WERDEN, G. (2002). Market Delineation algorithms based on the hypothetical monopolist paradigm. US Department of Justice, EAG discussion paper 2-8.

WERDEN, G. (23 de Março de 2007). Monopsony and the Sherman Act: Consumer Welfare in a New Light. Acesso em 01 de Julho de 2015, disponível em SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=975992

WERDEN, G. (Abril de 2014). The relevant market: possible and productive. *Antitrust Law Journal Online*. Acesso em 4 de Abril de 2016, disponível em http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_law_journal/at_alj_werden.authcheckdam.pdf

WERDEN, G. J. (22 de Julho de 2002). Beyond Critical Loss: Tailoring Applications of the Hypothetical Monopolist Paradigm . US DOJ Antitrust Division Economic Analysis Group Discussion Paper No. 02-9. . Acesso em 5 de Abril de 2016, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=327281>

WERDEN, G. J., & FROEB, L. M. (1994). The Effects of Mergers in differentiated Products Industries: Logit Demand and Merger Policy. *Journal of Law, Economics, & Organization* 10, 407-26.

WERDEN, G. J., & FROEB, L. M. (1998). The entry-inducing effects of horizontal mergers. *Journal of Industrial Economics*, 525-43.

WERDEN, G. J., & ROZANSKI, G. (1994). The application of Section 7 to differentiated products industries: The Market delineation dilemma. *Antitrust*, 8(3), 40-43.

WERDEN, G., & FROEB, L. (1993). Correlation, Causality, and all that Jazz: The Inherent Shortcomings of Price Tests for Antitrust Market Delineation. *Review of Industrial Organization*, 8, 329-354.

WERDEN, G., & FROEB, L. (1994). The Effects of Mergers in Differentiated products Industries: Logit Demand and Structural Merger Policy. *Journal of Law, Economics, & Organization* Vol. 10, No. 2, 407-426.

WERDEN, G., & FROEB, L. (1996). Simulation as an alternative to structural merger policy in differentiated products industries. *The Economics of the Antitrust Process. Topics in Regulatory Economics and Policy Series*

Volume 22, 65-88.

WERDEN, G., & FROEB, L. (2008). Unilateral Competitive Effects of Horizontal Mergers: Theory and Application Through Merger Simulation. Em P. BUCCIROSSI, Handbook of Antitrust Economics (pp. 43-104). Londres: The MIT Press.

WERDEN, G., & FROEB, L. M. (1993). Correlation, Causality, and All that Jazz: The Inherent Shortcomings of Price Tests for Antitrust Market Delineation. Review of Industrial Organization, 8, 329-353. Acesso em 14 de October de 2015, disponível em [http://www.cas.hse.ru/data/999/860/1224/Froeb,_Werden_\(1993\).pdf](http://www.cas.hse.ru/data/999/860/1224/Froeb,_Werden_(1993).pdf)

WERDEN, G., FROEB, L., & TARDIFF, T. (1996). The Use of the Logit Model in Applied Industrial Organization. International Journal of the Economics of Business, vol. 3, issue 1, 83-105.

[10] SHAPIRO, C. (1996). Mergers with Differentiated Products. Antitrust, 23-30. Acesso em 11 de Março de 2016, disponível em <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/diversion.pdf>

SHAPIRO, C. (Outubro de 2010). "Unilateral Effects Calculations," Discussion paper, Working Paper, University of California at Berkeley. Acesso em 3 de Maio de 2015, disponível em Haas School of Business - University of California at Berkeley: <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/unilateral.pdf>

SHAPIRO, C. (2010). The 2010 Horizontal Merger Guidelines: from hedgehog to fox in forty years. Antitrust Law Journal, vol. 77.

SHAPIRO, C., & FARRELL, J. (2010). Antitrust evaluation of horizontal mergers: an economic alternative to market definition. Acesso em 3 de Maio de 2015, disponível em SSRN: ssrn.com/abstract=1313782.

SHAPIRO, C., & FARRELL, J. (2010). Upward Pricing Pressure and Critical Loss Analysis: Response. The CPI Antitrust Journal - Competition Policy International, Inc, 1-17. Acesso em 31 de Maio de 2016, disponível em <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/uppcritical.pdf>

[11] SHONKA, David Charles. Compliance With E-Discovery Demands In U.S. Non-Criminal Law Enforcement Investigations. EDRM White Paper, 2010



Documento assinado eletronicamente por **Ricardo Medeiros de Castro, Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental**, em 31/05/2019, às 17:23, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site sei.cade.gov.br/autentica, informando o código verificador **0621721** e o código CRC **1FAB373E**.