

REVISTA DO IBRAC

Direito da Concorrência, Consumo
e Comércio Internacional

Ano 21 • vol. 26 • jul.-dez. / 2014

Coordenação

MARIANA VILLELA

Nesta edição:

ARTIGOS RECOMENDADOS E VENCEDORES DO PRÊMIO IBRAC TIM 2014

Publicação Oficial do

IBRAC

fund. 1992

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Instituto Brasileiro de Estudos de
Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

REVISTA DO IBRAC

Direito da Concorrência, Consumo
e Comércio Internacional

Ano 21 • vol. 26 • jul.-dez. / 2014

Presidência do IBRAC
CRISTIANNE SACCAB ZARZUR

Coordenação
MARIANA VILLELA

Secretário-Executivo do IBRAC
JOSÉ CARLOS BUSTO

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Amanda Flávio de Oliveira (Belo Horizonte)
Barbara Rosenberg (São Paulo)
Bernardo Gouthier Macedo (São Paulo)
Caio Mario da Silva Pereira Neto (São Paulo)
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (Rio de Janeiro)
Eduardo Molan Gaban (São Paulo)
Guilherme Ribas (São Paulo)
Isabel Vaz (Belo Horizonte)
João Bosco Leopoldino da Fonseca (Belo Horizonte)
Juliano Maranhão (São Paulo)
Leonor Cordovil (São Paulo)
Lucia A. L. de Magalhães Dias (São Paulo)
Marcio Dias Soares (São Paulo)
Maria Eugênia Novis (São Paulo)
Mauro Grinberg (São Paulo)
Paulo Furquim de Azevedo (São Paulo)
Patricia Regina Pinheiro Sampaio (Rio de Janeiro)
Pedro Dutra (São Paulo)
Pedro Paulo Salles Cristofaro (Rio de Janeiro)
Priscila Brolio Gonçalves (São Paulo)
Vicente Bagnoli (São Paulo)

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Annette Schild (Bruxelas, Bélgica),
D. Daniel Sokol (Washington, EUA),
Gonçalo Anastácio (Lisboa, Portugal),
Krisztian Katona (Washington, EUA),
Richard Wish (Londres, Inglaterra)

IBRAC

Desde 1993

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

www.ibrac.org.br

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
Tel/Fax: 55 11 3872-2609 / 3673-6748
CEP 05013-001 – São Paulo, SP, Brasil

DIRETORIA E CONSELHO DO IBRAC 2013 – 2014

Diretoria

Diretora Presidente
CRISTIANNE SACCAB ZARZUR

Diretora de Assuntos Penais
PEDRO PAULO SALLES CRISTOFARO

Diretora Vice-Presidente
BARBARA ROSENBERG

Diretor de Eventos
LAURO CELIDÔNIO GOMES DOS REIS NETO

Diretor de Regulação
CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA NETO

Diretora de Comércio Internacional
LEONOR A.G. CORDOVI

Diretor de Concorrência
EDUARDO CAMINATI ANDERS

Diretor de Consumo
MARCIO DE CARVALHO SILVEIRA BUENO

Diretor de Brasília
FRANCISCO TODOROV

Diretora de Publicações e do Rio de Janeiro
MARIANA VILLELA CORREA

Conselho Deliberativo

Presidente
Guilherme Ribas

Vice-Presidente
Bruno Drago

Conselheiros

Adriana Franco Giannini
Ana Paula Martinez
Bernardo Gouthier Macedo
Carlos Francisco de Magalhães
Carol Monteiro de Carvalho
Daniel Andreoli
Denis Alves Guimarães
Fabricio Cobra Arbex
Fernando de Oliveira Marques
Flavio Augusto Ferreira do Nascimento
Francisco Nicolás Negrão
Gianni Nunes de Araujo
João de Aquino Rotta
Jose Carlos da Matta Berardo
Joyce Midori Honda
Marcelo Procópio Calliari
Marcio Dias Soares

Maria Eugênia Novis
Mario Girasole
Mauro Grinberg
Olavo Zago Chinaglia
Paulo L. Casagrande
Paulo Lilla
Paulo Salles Cristofaro
Pedro de Abreu Mariani
Pedro Dutra
René Guilherme da Silva Medrado
Ricardo Franco Botelho
Rodrigo Dall'Acqua
Sérgio Varella Bruna
Sonia Marques Döbler
Tito Amaral de Andrade
Ubiratan Mattos
Vicente Bagnoli

REVISTA DO IBRAC

Direito da Concorrência, Consumo
e Comércio Internacional

Ano 21 • vol. 26 • jul.-dez. / 2014

Diretora Editorial

MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo Brasil

JULIANA MAYUMI ONO

Editora: Bruna Schlindwein Zeni

Assistente Editorial: Tatiana Leite

Coordenação Editorial

JULIANA DE CICCO BIANCO

Equipe de Produção Editorial

Analistas Documentais: Damares Regina Felício, Mauricio Zednik Cassim, Rafael Dellova, Sue Ellen dos Santos Gelli e Thiago César Gonçalves de Souza

Analistas de Qualidade Editorial: Cintia Mesojedovas Nogueira, Maria Angélica Leite, Rafaela de Almeida Vasconcellos, Samanta Fernandes Silva e Victor Bonifácio

Equipe de Jurisprudência

Analistas Documentais: Diego Garcia Mendonça, Juliana Cornacini Ferreira, Patricia Melhado Navarra e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael Brito

SUMÁRIO

CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

Controle de estruturas no Sistema Financeiro Nacional: análise crítica da Circular Bacen 3.590/2012 e uma proposta de articulação entre Cade e Bacen ANTONIO BENDER MAMMI.....	11
Atos de concentração em processo de recuperação judicial: harmonização do sistema de análise prévia com a dinâmica do processo de recuperação GUILHERME TENO CASTILHO MISSALI E SAMUEL HÜBLER.....	31
Interligação decisória e o controle das estruturas no direito brasileiro THIAGO NASCIMENTO DOS REIS	53
A defesa da concorrência no mercado midiático e as ineficiências da concentração GIOVANA FELIX TEODORO	73
Padrão de prova aplicável à demonstração de eficiências econômicas no âmbito da análise de atos de concentração GUSTAVO FLAUSINO COELHO E RICARDO VILLELA MAFRA ALVES DA SILVA.....	93

INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

Mecanismos de proteção ao programa de leniência brasileiro: Um estudo sobre a confidencialidade dos documentos e a responsabilidade civil do signatário à luz do direito europeu NAYARA MENDONÇA SILVA E SOUZA	115
A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial MARINA SAMPAIO GALVANI	135
Public compensation in Brazilian Competition law: a mechanism to enhance the effectiveness of enforcement ADRIANO CAMARGO GOMES.....	155

ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA

Advocacia da Concorrência e Regulação: a interação entre Seae e ANP à luz da nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011) BRUNO CONDE CASELLI.....	177
The role of competition authorities in competition law reforms SIMONE PIERI, VICENTE BAGNOLI E MALGORZATA KOZAK	195

CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Uma nova perspectiva sobre desregulação financeira, concorrência e estabilidade IVAN CÉSAR RIBEIRO.....	221
Concorrência efetiva e potencial entre aeroportos: aplicação ao caso Galeão X Guarulhos JORGE FAGUNDES, MARISLEI NISHIJIMA, MARCOS ANDRÉ DE MATTOS LIMA, MARIA MARGARETE DA ROCHA E CÉSAR MATTOS.....	251
Propaganda online e privacidade – O varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste MARCELA MATTIUZZO	295

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA.....	315
--	------------

Concentração Econômica

CONTROLE DE ESTRUTURAS NO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

ANÁLISE CRÍTICA DA CIRCULAR BACEN 3.590/2012 E UMA PROPOSTA DE ARTICULAÇÃO ENTRE CADE E BACEN

ANTONIO BENDER MAMMI

Graduado em Direito pela USP. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial

RESUMO: O presente artigo cinge-se em duas etapas: na primeira, se propõe a analisar os normativos vigentes sobre o controle de estruturas no SFN (quais sejam, a Lei 12.529/2011 e a Circular Bacen 3.590/2012) e verificar, a partir dos textos legais e da prática atual, em que medida a defesa da concorrência pode ser efetiva no setor; e, na segunda, apresenta uma proposta de articulação entre Bacen e Cade que melhor atenda às peculiaridades do SFN.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Financeiro Nacional – Controle de estruturas – Bacen – Cade – Lei 12.529/2011 – Circular Bacen 3.590/2012.

ABSTRACT: This paper is divided in two steps: the first is the assessment of the merger control legal framework in the national financial system (Law 12.529/2011 and Bacen Circular 3.590/2012) and its ability to preserve the competition in the sector; the second is a suggestion of a concert between Bacen and Cade that meets the peculiarities of the segment.

KEYWORDS: National Financial System – Merger control – Bacen – Cade – Law 12.529/2011 – Bacen Circular 3.590/2012.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Lei 12.529/2011 e o SFN – 3. A Circular Bacen 3.590/2012 – 4. Uma proposta de articulação – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É notório o dilema acerca da competência para a apuração de condutas anticoncorrenciais e apreciação de atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional (SFN), configurado pelas funções atribuídas ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e ao Banco Central (Bacen): conquanto ao primeiro caiba prover a defesa da concorrência, atualmente nos termos da Lei 12.529/2011 e, antes,

conforme a Lei 8.884/1994, ao segundo cabe regular o SFN, de acordo com as atribuições que lhe foram conferidas pela Lei 4.595/1964. Dessa forma, desencadeou-se controvérsia acerca da competência legal para controle concorrencial do setor, tendo em vista que (a) a abrangência do escopo do primeiro é de caráter geral, não havendo qualquer previsão, legal ou constitucional, de que o SFN esteja fora de seu controle; e (b) os arts. 10, III, c e g, e 18, § 2.º da Lei 4.595/1964 atribuem ao Bacen o controle de estruturas e de condutas no setor.

A questão é objeto de amplo debate e não há sinais indicando uma solução consensual dentro de um futuro próximo. A controvérsia tomou corpo inicialmente por meio do Parecer GM-20, da Advocacia Geral da União, aprovado pelo Presidente da República em 05.04.2001, em que se concluiu pela competência privativa do Bacen. Não obstante, por ocasião do julgamento do paradigmático Caso Finasa,¹ o Cade proferiu entendimento oposto ao do referido parecer e reafirmou sua competência para a análise concorrencial no setor, jamais tendo se furtado, desde então, a analisar os atos de concentração trazidos ao seu seio. Não demorou muito para que o conflito fosse judicializado: a matéria já foi discutida no STJ em sede de recurso especial,² oportunidade na qual se decidiu pela vinculação do Cade ao Parecer GM-20 e, no STF, o relator do caso proferiu decisão monocrática negando seguimento ao recurso extraordinário interposto pela autoridade concorrencial, uma vez que a matéria em discussão diria respeito apenas à legislação infraconstitucional. No presente momento, há agravo regimental interposto pelo Cade pendente de apreciação no STF.³

Fora do plano judicial, houve tentativas de dirimir o conflito, todas imbuídas do espírito de estabelecer um modelo de articulação complementar entre as esferas. É o caso do PLP 344/2002, que visa a incluir, dentre os incisos do art. 10 da Lei 4.595/1964, dispositivo por meio do qual a competência para controle de estruturas por parte do Bacen passaria a ficar limitada exclusivamente aos casos em que determinado ato de concentração possa afetar a higidez do sistema financeiro, hipótese essa que seria objeto de juízo discricionário do regulador. Uma vez concluído que determinada operação não tenha esse condão, a análise passaria a ser do Cade. No atinente a condutas, sugere-se a revogação do § 2.º do art. 18, dessa forma sendo a competência atribuída à autoridade antitruste. Atualmente, o Projeto está em tramitação na Câmara dos Deputados, sem, no

1. Cade. *Ato de Concentração n. 08012.006762/2000-09*. Requerentes: Banco Finasa de Investimentos S.A., Brasmetal Indústria S.A. e Zurich Participações e Representações Ltda. Conselheira-Relatora: Hebe Teixeira Romano, aprovado sem restrições, v.u., j. 28.11.2001.

2. STJ, REsp 1.094.218/DF, 2.ª T. j. 25.08.2010, m.v., rel. Min. Eliana Calmon.

3. STF, RE 664.189/DF, rel. Min. Dias Toffoli.

entanto, ter sofrido qualquer andamento de julho de 2005 até a conclusão do presente artigo.⁴⁻⁵

Outra iniciativa legislativa foi o PLP 265/2007, também em tramitação na Câmara dos Deputados, que igualmente propõe um modelo fundamentado na competência do Bacen para as operações consideradas críticas para a confiabilidade do sistema financeiro, embora difira do PLP 344/2002, dentre outros pontos, na medida em que atribui explicitamente a competência em matéria concorrencial também aos então órgãos instrutórios do SBDC, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).⁶ Da mesma forma que o Projeto anterior, o controle de condutas ficaria a cargo do órgão de defesa da concorrência.⁷⁻⁸ Todavia, seria necessária uma adequação da técnica le-

4. BRASIL. PLC 344, apresentado ao Plenário da Câmara dos Deputados em 11.11.2002. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=102977&filename=PLP+344/2002]. Acesso em: 26.08.2013.
5. Nos termos do PLP 344/2002, o art. 10 da Lei 4.595/1964 passaria a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central do Brasil (...) XIII – decidir acerca de atos de concentração entre instituições financeiras que afetem a higidez do sistema financeiro. (...) § 3.º No exercício da competência a que se refere o inciso XIII deste artigo, se o Banco Central do Brasil, após concluído o exame o caso, entender que o ato de concentração não afeta a higidez do sistema financeiro, encaminhará, de imediato, a matéria às autoridades responsáveis pela defesa da concorrência.”
6. A disposição era importante, na época, porque SDE e Seae, em alguns casos, se consideraram vinculadas ao Parecer GM-20 da AGU. Nesse sentido, ver: CADE. *Ato de Concentração n. 08012.005581/2002-19*. Requerentes: ABN Amro Bank N. V. e Mellon Bank N. A. Conselheiro relator: Luiz Carlos Delorme Prado, j. 27.10.2004.
7. BRASIL. PLC 265, de autoria do Senador Antônio Carlos Magalhães, apresentado ao Plenário do Senado Federal em 26.12.2007. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=535201&filename=PLP+265/2007]. Acesso em: 26.08.2013.
8. Destaque-se, dentre as alterações propostas pelo PLP 265/2007, a inserção do seguinte dispositivo na Lei 4.595/1964: “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central do Brasil (...) XIV – decidir acerca de atos de concentração entre instituições financeiras que afetem a confiabilidade e segurança do Sistema Financeiro. (...) Art. 46-A. Compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), observado o disposto no § 3.º do art. 10, prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, nos termos da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994”; e as seguintes alterações de redação nas alíneas c e g do supramencionado art. 10: “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central do Brasil: (...) X – Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: (...) c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou ter alterado, por alienação ou transferência a qualquer título, seu controle acionário, respeito o exercício da competência do Cade; (...) g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário, respeito o exercício da competência do Cade”. Também há proposta de inserção de parágrafo no art. 10, em termos muito similares aos do PLP 344/2002, em que

gislativa empregada, uma vez que a reformulação institucional promovida pela Lei 12.529/2011 consolidou as funções investigatórias e decisórias do SBDC no Cade.⁹

Além disso, em dezembro de 2008, antes do julgamento do REsp 1.094.218/DF, Cade e Bacen assinaram um protocolo de entendimentos por meio do qual externaram estar de acordo com a adoção de um modelo de competências complementares para o controle de estruturas no SFN, recomendando, para isso, a aprovação do PLP 344/2002 ou do PLP 265/2007.¹⁰

Todavia, o alinhamento de ideias entre as autarquias parece, no momento atual, fazer parte do passado. Há diversos sinais: a prolação de parecer, por parte da Procuradoria-Geral do Bacen, em que se reafirma a competência exclusiva por parte do regulador prudencial não só do ponto de vista do direito posto, mas também como melhor solução para o desenho de um modelo de regulação ótima entre estabilidade e concorrência;¹¹ no bojo do RE 664.189/DF, o recente pedido do Bacen de extinção do recurso extraordinário interposto pelo Cade e, subsidiariamente, para atuar como *amicus curiae* no processo, bem como para que o caso não seja julgado sob a sistemática da repercussão geral;¹² e, finalmente, a edição da Circular Bacen 3.590, em 26.04.2012, que definiu os critérios de notificação de operações à autarquia, bem como sua metodologia de análise de atos de concentração.

Diante dessa situação, em que ambas as autarquias avocam a função do controle concorrencial, monta-se um cenário de profunda insegurança jurídica para o administrado, que se vê às voltas com o descompasso entre as práticas e os critérios utilizados por Cade e Bacen, na medida em que são órgãos de finalidades institucionais diferentes – no limite sendo possível inclusive o conflito entre suas decisões; e, para a administração, relevante ineficiência institucional gerada pela sobreposição (e, eventualmente, contraposição) de atividades. Mais grave ainda, a ausência de diálogo entre as esferas pode, em última análise, levar à inocuidade da aplicação

se dispõe sobre o encaminhamento ao Cade dos atos de concentração que não configurem situação de risco. À Lei 8.884/1994, foram sugeridas alterações nos arts. 7.º, 14 e 38, que dispõem sobre as competências de Cade, SDE e Seae, respectivamente, acrescidos de parágrafos afirmando a competência dos órgãos para o controle concorrencial do setor.

9. A SDE foi transformada em Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) e os poderes investigatórios em matéria concorrencial hoje estão a cargo da Superintendência-Geral do Cade, órgão que faz parte da estrutura interna do Cade. A Seae, por sua vez, passou a ter a função de praticar a chamada advocacia da concorrência junto a órgãos de governo e perante a sociedade, conforme atribuições estabelecidas pelo art. 19 da Lei 12.529/2012.

10. Disponível em: [www.cade.gov.br/upload/00000001.pdf]. Acesso em: 27.08.2013.

11. Bacen. *Parecer PGBC-327/2001*. *Revista da Procuradoria Geral do Banco Central*, vol. 6, n. 1.

12. BC pede ao STF fim da ação do Cade sobre fusão bancária. *Valor Econômico*, 12.03.2013. Disponível em: [www.valor.com.br/financas/3040716/bc-pede-ao-stf-fim-da-acao-do-ca-de-sobre-fusao-bancaria]. Acesso em: 26.08.2013.

do próprio direito concorrencial, na medida em que uma está desprovida da cooperação técnica da outra, indispensável para um setor de tamanha complexidade.

Por esse motivo, o presente artigo cinde-se em duas etapas distintas: na primeira, se propõe a analisar os normativos vigentes sobre o controle de estruturas no SFN (quais sejam, a Lei 12.529/2011 e a Circular Bacen 3.590/2012) e verificar, a partir dos textos legais e da prática atual, em que medida a defesa da concorrência pode ser efetiva no setor; e, na segunda, apresenta uma proposta de articulação entre os órgãos que melhor atenda, em relação à situação hodierna, as peculiaridades do SFN.

2. A LEI 12.529/2011 E O SFN

A Lei 8.884/1994, sobre a qual a controvérsia originalmente se desenhou, foi integralmente revogada pela Lei 12.529/2011. Com o novo diploma, foram introduzidas profundas alterações no SBDC, dentre as quais destacam-se (a) sua reformulação institucional, por meio da consolidação das funções de investigação e decisão no Cade, agora composto por Tribunal, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos, eliminando-se as anteriores sobreposições de atividades entre SDE e Seac; e (b) a introdução do controle prévio de atos de concentração.

O corolário da análise de estruturas, sob a égide da nova lei, assim como ocorria na antiga, continua a ser a regra da razão, segundo a qual, para ser controlada, a restrição à concorrência deve ser efetiva e substancial – sendo justificada na hipótese de serem geradas eficiências, cumulativa ou alternativamente, associadas à produtividade, qualidade dos produtos e progresso técnico ou econômico e que, necessariamente, esses benefícios sejam repartidos com os consumidores.¹³

O que de fato mudou, como já adiantado, foi o sistema de notificações dos atos de concentração, que passou a ser prévio à sua consumação; hoje, a aprovação do Cade é condição suspensiva para o fechamento da operação.¹⁴ Há uma série de van-

13. Lei 12.529/2011: “Art. 88. (...) § 5.º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem 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, ressalvado o disposto no § 6.º deste artigo. § 6.º Os atos a que se refere o § 5.º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I – cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes”.

14. Lei 12.529/2011: “Art. 88. (...) § 2.º O controle dos atos de concentração de que trata o *caput* deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda”.

tagens desse modelo em relação ao adotado pela lei anterior, que facultava às partes notificar a operação até 15 dias após sua consumação,¹⁵ dentre as quais se afiguram mais relevantes (a) o incentivo conferido às partes para contribuir com a celeridade e robustez da análise, na medida em que uma decisão rápida da autarquia é de seu interesse; e (b) a efetividade de eventuais remédios impostos, na medida em que, tratando-se de uma operação já consumada, há uma série de dificuldades associadas ao seu desfazimento total ou parcial – mormente em relação a terceiros com quem a nova empresa já mantenha negócios.¹⁶

No que diz respeito ao setor financeiro, há diversos elementos que tornam bastante complexa a tarefa do controle de estruturas. Em que pese a regulação prudencial auxiliar a tarefa da análise antitruste, por exemplo, ao submeter os bancos à tarefa de divulgar amplamente suas informações contábeis, gerando um ambiente de transparência e facilitando a agregação de dados, trata-se de um mercado que experimenta constantes inovações tecnológicas e regulatórias, o que dificulta discernir os efeitos concorrenciais decorrentes de atos de concentração daqueles resultantes de crescimento natural das instituições.

Dessa forma, pergunta-se: é possível aventar que um modelo setorial de controle de estruturas, diverso daquele dispensado à economia geral pela Lei 12.529/2011, seja capaz de melhor enfrentar esses desafios?

Há posicionamentos diversos. Por um lado, alega-se pela consolidação da atribuição concorrencial no regulador prudencial pelo fato de este possuir acesso a informações dos bancos que não estão disponíveis ao Cade, informações essas que não compreendem apenas documentos de organização societária dessas instituições, mas como também acerca dos produtos financeiros por elas transacionados, que por vezes podem atingir alto grau de complexidade. Além disso, a autarquia monitora constantemente os regulados e os mercados em que operam, de sorte que a expertise decorrente de sua atividade de regulação e fiscalização a tornaria mais apta para identificar o poder de mercado no setor.¹⁷

De outro, entende-se que, por meio da aplicação das regras gerais de direito concorrencial, há menor possibilidade de captura do regulador, na medida em que quanto mais diversificados os ramos de atuação das empresas sob regulação, mais difícil a coalizão destas em torno de um interesse comum. Além disso, a carência de

15. Lei 8.884/1994: "Art. 54. (...) § 4.º Os atos de que trata o *caput* deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae".

16. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Competition policy and regulatory reform in Brazil: a progress report*. Paris: OECD, 2000. p. 18.

17. Trata-se de alguns dos argumentos trazidos pela Procuradoria Geral do Banco Central em seu Parecer PGBC-327/2001, mencionado na introdução.

uma visão mais ampla proporcionada pela atuação especializada do regulador setorial poderia dificultar a diferenciação entre interesse público e interesse da indústria. Nesse sentido, já se pronunciou a International Competition Network (ICN):

“Em muitos países, que aplicam genericamente as regras de direito concorrencial no setor financeiro, o regulador setorial está naturalmente propenso, de forma não transparente, a levar em conta preocupações relacionadas à estabilidade dos bancos e, conseqüentemente, a empreender uma atividade regulatória inadequada no que diz à imposição de restrições aos seus negócios. Dessa forma, submetendo-se um subconjunto de empresas a uma regulação concorrencial especial, torna-se cada vez mais difícil projetar um sistema concorrencial efetivo e estável, no qual um mercado específico não está sob o jugo da autoridade antitruste responsável pela economia geral”¹⁸ (trad. nossa).

3. A CIRCULAR BACEN 3.590/2012

A edição da Circular Bacen 3.590/2012 é o episódio mais recente da controvérsia entre os órgãos. Muito pouco depois de sua publicação, a autarquia divulgou um guia estabelecendo diretrizes para a análise de atos de concentração muitíssimo similares às contidas no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal elaborado conjuntamente por Seae e SDE em 2001 e que até hoje é utilizado pelo Cade para identificar os efeitos concorrenciais das operações trazidas a seu jugo.¹⁹ Cabe aqui tecer algumas considerações sobre o teor do referido diploma.

Primeiramente, note-se que não há referência à reprovação de atos de concentração em caso de restrição efetiva e substancial da concorrência.²⁰ A desconsideração da regra da razão, adotada pela Lei 12.529/2011, é evidente sinal da preocupação da autarquia com o eventual *trade off* entre estabilidade e competição: o estímulo à competição poderia gerar um cenário de fragilização do sistema financeiro na me-

18. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, op. cit., p. 20: “Where generic competition rules apply to the financial sector, banking supervision authorities, if charged with their enforcement, may be naturally led to take into account, in a non-transparent way, concerns relating to the stability of banks and to adopt an improper regulatory line of business restrictions in many countries, it is becoming increasingly difficult to design an effective and stable system in which a subset of market or firms is not under the jurisdiction of the economy-wide competition authority but of a sector-specific competition law enforcer”.

19. Ao respeitar a metodologia desse documento para analisar atos de concentração, o Cade oferece ao setor privado maior segurança e previsibilidade quanto aos procedimentos adotados na sua tomada de decisão.

20. Note-se, contudo, que o art. 5.º prevê a imposição de restrições quando da aprovação de uma operação: “No ato de aprovação dos atos de concentração, o Banco Central do Brasil poderá estabelecer restrições com o fim de mitigar efeitos que possam reduzir o bem-estar do usuário de produtos ou de serviços financeiros ou a eficiência econômica”.

dida em que, na disputa por clientes, os bancos tomassem riscos de forma excessiva na concessão de depósitos.²¹

Note-se também que não há qualquer previsão quanto à relação entre a aprovação concorrencial da operação e sua autorização societária de transferência de controle, que, nos termos da Res. CMN 4.122/2012, é prévia. Diante dessa lacunosidade e da quase absoluta ausência de dados publicamente disponíveis a respeito da atuação do Bacen no tocante à análise de estruturas do SFN, é possível se indagar se, na prática, a autarquia não estaria implementando um sistema de controle *a posteriori*.²² Corrobora a hipótese o fato de também não haver qualquer disposição quanto ao prazo de análise por parte da Administração Pública, mecanismo indispensável para que o controle de concentrações não se torne excessivamente oneroso.²³⁻²⁴

Assim, importa mencionar que o procedimento de controle de concentrações do Bacen carece de um critério objetivo para definir o que é ou não confidencial. É absolutamente válido o argumento de que o descuido na disponibilização de informações acerca da compra ou venda de determinada instituição pode suscitar dúvidas nos depositantes acerca de sua solvência e, no limite, gerar as temidas corridas

-
21. Ao oferecer melhores condições para aplicações, os bancos podem incutir no cliente a percepção de que lhes estão sendo oferecidos ativos de maior risco. Uma vez que risco e retorno são positivamente correlacionados, aumenta a possibilidade de serem atraídos depositantes conhecidos como *risk lovers*, mais voláteis, o que acentua o descasamento entre ativos e passivos da instituição. Essa tendência incentiva o banco a assumir mais riscos em suas operações de crédito, incrementando o risco médio de sua carteira. Mais sintomático, não seria necessário que esses efeitos fossem gerados pelo processo acima descrito, bastando que o acirramento da competição no mercado de créditos levasse as instituições a subestimarem o nível de risco presente. In: MULLER, Bianca Abbott. *Concorrência no Setor Bancário Brasileiro*. Tese de Mestrado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2007, p. 75.
 22. Os resultados que conseguimos coletar para o presente trabalho, após exaustiva pesquisa, são muito modestos para poder fazer qualquer afirmação categórica em uma ou outra direção. Desde a edição da Circular Bacen 3.590/2012, só foi possível identificar uma única publicação de decisão da autarquia no *Diário Oficial*, em 23.04.2013, referente a uma *joint venture* formada por Itaú Unibanco S.A. e Banco BMG S.A. para atuar no segmento de crédito consignado. No caso, a aprovação concorrencial e sua autorização societária foram publicadas no mesmo dia.
 23. Nesse sentido: MARTINEZ, Ana Paula. Controle de concentrações econômicas no Brasil: passado, presente e futuro. *RIBRAC* 18/50 e ss.
 24. A autorização de controle também carece de prazo para o Bacen. Conforme explica Saddi: "O que está completamente fora do escopo legal (da autorização) é o prazo. Não há referência ao tempo em que deve o Banco Central produzir o parecer de modo a que se autorize o funcionamento. Assim, se a autoridade monetária bem quiser, o processo não tem prazo para ser cumprido – não há necessidade legal de uma solução". Observe-se que, embora o comentário tenha sido feito sob a vigência de regulamentação já revogada, a Res. CMN 4.122/2012 continua silente no tocante ao tema. In: SADDI. *Aprovação pelo Banco Central de controle de instituição financeira*. RDB 5/99.

bancárias – circunstância que poderia ser enquadrada na exceção constitucional ao princípio da publicidade.²⁵ No entanto, a total ausência de publicidade do teor das decisões da autarquia, mesmo tempos após a consumação dessas operações, apenas ajuda a obnublar por completo quais metodologia e fundamentos têm sido utilizados para empreender a análise concorrencial.²⁶ Para fins de comparação, ao passo que o Cade elenca taxativamente as hipóteses de confidencialidade em seu Regimento Interno, justificadas por sigilo legal ou por sua divulgação representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos,²⁷ o Bacen confia essa tarefa à discricionariedade de seus dirigentes.²⁸⁻²⁹

-
25. Art. 5.º, XXXIII, da CF/1988: “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletiva ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.
 26. Juliano Maranhão critica a falta de transparência da análise concorrencial do Bacen já antes da edição da Circular Bacen 3.590/2012. Segundo ele, advogado atuante na fusão que resultou no Itaú Unibanco S.A., as partes tiveram conhecimento de um parecer prolatado pela autarquia pela aprovação da operação apenas por ocasião do julgamento do caso pelo Cade. Informação verbal fornecida no Seminário Dejur/Fiesp, em 18.04.2013.
 27. Regimento Interno do Conselho Administrativo do Cade, aprovado pela Res. Cade 1/2012: “Art. 53. Conforme o caso e no interesse da instrução processual, de ofício ou mediante requerimento do interessado, poderá ser deferido, em virtude de sigilo decorrente de lei ou por constituir informação relativa à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos (arts. 22 da Lei 12.527/2011 e 6.º, I e 5.º, § 2.º do Decreto 7.724/2012), o acesso restrito de autos, documentos, objetos, dados e informações, que forem relacionados a: I – escrituração mercantil; II – situação econômico-financeira de empresa; III – sigilo fiscal ou bancário; IV – segredos de empresa; V – processo produtivo e segredos de indústria, notadamente processos industriais e fórmulas relativas à fabricação de produtos; VI – faturamento do interessado; VII – data, valor da operação e forma de pagamento; VIII – documentos que formalizam o ato de concentração notificado; IX – último relatório anual elaborado para os acionistas ou quotistas, exceto quando o documento tiver caráter público; X – valor e quantidade das vendas e demonstrações financeiras; XI – clientes e fornecedores; XII – capacidade instalada; XIII – custos de produção e despesas com pesquisa e desenvolvimento de novos produtos ou serviços; ou XIV – outras hipóteses, a critério da autoridade concedente, respeitados os arts. 22 da Lei 12.527/2011 e 6.º, I e 5.º, § 2.º do Decreto 7.724/2012”.
 28. Regimento Interno do Banco Central do Brasil, aprovado pela Portaria 29.971, de 04.03.2005: “Art. 22. São atribuições do Secretário-Executivo, do Procurador-Geral, do Chefe de Gabinete do Presidente, do Secretário da Diretoria, do Corregedor-Geral, do Ouvidor, do Auditor-Chefe, do Chefe da Aspar, dos Chefes de Departamento, dos Gerentes-Executivos, e dos demais ocupantes de funções comissionadas equivalentes, no que couber, no âmbito das respectivas áreas de atuação: (...) XXIX – classificar, reclassificar e desclassificar documentos de qualquer natureza e os conhecimentos no Banco Central nos graus secreto, confidencial e reservado” (grifo nosso).
 29. A esse respeito, observa-se que, no Bacen, o setor responsável pelo controle de concentrações é o Departamento de Organização do Sistema Financeiro.

Outro ponto que chama bastante atenção na Circular Bacen 3.590/2012 é a ausência de critério de faturamento mínimo das partes para notificação de operações. Tal lacuna gera uma grande possibilidade de a autarquia se ver às voltas com uma imensa carga de atos de concentração sem qualquer potencial lesivo, o que atenta contra a efetividade e a celeridade da análise, bem como, consequentemente, contribui com uma alocação ineficiente de recursos públicos. Com efeito, uma das mais valiosas lições tomadas pelo Cade durante o seu processo de amadurecimento institucional é a necessidade do refinamento de critérios de notificação para a eficiência administrativa da autoridade antitruste.

Em trabalho que buscou identificar um valor nominal ótimo para os limites de condições de submissão de operações ao Cade, Faria analisou todos os pareceres prolatados pela Seae durante o período entre 2006 e 2008 e verificou que 56% dos atos de concentração apreciados à época não teriam sido apresentados ao SBDC sob os critérios de faturamento da Lei 12.529/2011, tais como dispostos à data de sua promulgação – diferindo em relação à Lei 8.884/1994 somente por ser instituída uma segunda trava, equivalente a R\$30 milhões, cumulativamente aos já anteriormente estabelecidos R\$400 milhões referentes a um dos grupos.³⁰

Assim, tendo em vista que (a) 98,28% das operações examinadas por Faria não levantaram efetivas preocupações concorrenciais; e que (b) o critério mínimo de faturamento sob a égide da nova Lei de Defesa da Concorrência foi incrementado para R\$750 milhões para um dos grupos envolvidos na operação e R\$75 milhões para outro,³¹ é possível visualizar que o Cade segue a trajetória recomendada pelas melhores práticas internacionais no tocante a reduzir sua carga de trabalho e focar sua atividade preventiva nas operações potencialmente problemáticas.³² Caso o Bacen não regulamente o tema, não é difícil imaginar que sua atividade se demonstre morosa e ineficiente.³³

30. FARIA, Ricardo Moura de Araújo. *Critérios de notificação de atos de concentração econômica: uma proposta para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. Tese de Mestrado em Economia do Setor Público, Brasília, UnB, 2011, p. 34.

31. BRASIL. *Portaria Interministerial n. 994, de 30 de maio de 2012*.

32. Relatório de 2008 da ICN concluiu que, para um controle de concentrações mais eficiente, é necessário que os critérios de notificação tenham nexos materiais com a jurisdição que esteja empreendendo a análise e que sejam baseados em requisitos objetivos e quantificáveis. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Setting Notification thresholds for merger review*. Kyoto: ICN Annual Conference, 2008.

33. Evidentemente, o alargamento exagerado desses critérios poderia ensejar uma indesejável leniência na prevenção ao abuso do poder de mercado, além de, no limite, conforme aponta Anders (CORDOVIL et al, op. cit., p. 198), gerar uma isenção antitruste fática em alguns setores da economia brasileira nos quais não atuam empresas de tamanho porte. Contudo, é possível argumentar que não haveria que se falar em imunidade, na medida em que manifestação de condutas unilaterais decorrente de uma elevada con-

Feitas as observações a respeito dos elementos que a Circular Bacen 3.590/2012 deixou de incorporar, cumpre agora examinar as novidades introduzidas pelo diploma em relação à tradicional metodologia de análise concorrencial empreendida pela autoridade concorrencial. A primeira delas diz respeito ao seu art. 2.º, VI:

“Art. 2.º Para fins de análise das operações de que trata o art. 1.º, as instituições envolvidas devem indicar uma delas para fornecer as seguintes informações e documentos ao Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf): (...) VI – análise da operação sob o aspecto macroeconômico, descrevendo os cenários de conjunta econômica e expectativas nos curto, médio e longo prazos utilizados como parâmetros para a operação.”

O dispositivo revela que o Bacen valorará os potenciais efeitos macroeconômicos de uma operação. De fato, há uma dificuldade em se analisar, sob a ótica concorrencial, um setor da economia que afeta variáveis como oferta de moeda, volume de crédito e taxa de juros. Isso porque a política antitruste atualmente predominante enxerga a concorrência como um processo de ajuste a um objeto determinístico fora de seu âmbito (como, por exemplo, as variáveis acima citadas), limitando aos agentes apenas cunhar estratégias competitivas via preços.³⁴ Dessa forma, por questão de economia de recursos e limitação das informações disponíveis, o antitruste deve submeter a indústria a um recorte, uma unidade isolada de análise dotada de racionalidade interna que lhe possibilite avaliar a intensidade das interações competitivas.³⁵

Assim, do ponto de vista macroeconômico, Goodhart disserta sobre a influência da política dos bancos centrais sobre a concorrência no setor:

“Quando as bases fiscais e a capacidade de emprestar do público estão baixas, a execução de altos (e crescentes) requisitos de capital, de forma a eliminar o excesso de liquidez, torna-se uma carga adicional sobre o sistema financeiro. Tais cargas, na forma de altos requerimentos de capital, em conjunto com a imposição de restrições sobre a cobrança de juros, a indução de crédito a determinados setores por meio de diretivas centrais, bem como outras limitações à livre concorrência entre os bancos, tendem a impedir o desenvolvimento estrutural a longo prazo do sistema financeiro”³⁶ (trad. nossa).

centração proporcionada por ato não notificável pode ser objeto do controle repressivo do direito concorrencial.

34. FAGUNDES, Jorge. Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência? *Revista do IBRAC*, vol. 5, n. 6, p. 20.

35. FARINA, Elizabeth; NUNES, Rubens. O diabo nos detalhes: a definição dos mercados relevantes no setor bancário. In: MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de (orgs.). *Direito antitruste no setor financeiro*. São Paulo: Singular, 2012. p. 26.

36. GOODHART, Charles Albert Eric. *The central bank and the financial system*. Londres: MIT Press, 1995. p. 211-212: “Thus, when the tax base and ability to borrow from the general

Note-se, portanto, que a política monetária dos bancos centrais influencia a competitividade da economia geral como, na definição de Jordan e Teece, o “conjunto de medidas que afetam direta ou indiretamente a performance industrial, através de seus efeitos sobre as variáveis microeconômicas”.³⁷ No caso do Bacen, a irradiação de sua atuação se dá por meio de fatores político-institucionais, macroeconômicos, que afetam diretamente a competitividade das empresas nacionais, tais como a taxa de juros e câmbio, a balança comercial e de pagamentos e a dívida pública.³⁸

Há pontos de complementaridade entre política industrial e política de defesa da concorrência. Como bem ensina Fagundes, o incremento de competitividade em determinado setor proporcionado pela primeira é indiretamente tutelado pela segunda, pois depende da existência de pressões competitivas.³⁹ A questão é que incorporar elementos de política industrial ao controle de estruturas pode ser problemático. Embora, conforme mencionado acima, as instituições financeiras efetivamente influenciem as variáveis macroeconômicas da economia, ao controle de concentrações é reservada tão somente a missão de prevenir efeitos anticompetitivos na estrutura dos seus mercados de atuação.⁴⁰ Significa dizer que, ainda que afetem outros setores da economia, os bancos competem entre si, não com agentes

public remains low, the enforcement of high (and rising) required cash and liquidity ratios, in order to mop up what would otherwise amount to an excess currency issue, must be seen as a tax and additional burden on the banking system. Such burdens and taxes, in the form of high-required ratios, together with the imposition of restrictions on what interest rates can be charged and offered, the direction of credit through central directives, and other limitations on the free competitive development of the banking system, all tend to hinder the efficient long-term structural development of the financial system”.

37. Apud FAGUNDES, *Política de defesa da concorrência...*, p. 20.

38. SIQUEIRA, Tagore Villarim de. Competitividade sistêmica: desafios para o desenvolvimento econômico brasileiro. *Revista do BNDES*, vol. 16, n. 31, p. 144-145. Segundo o autor: “Na esfera macroeconômica, quanto mais eficiente for a política econômica para estabilizar preços e promover o crescimento, melhor será para a competitividade das empresas, com destaque para políticas que proporcionem redução da carga tributária e da taxa de juros e que não permitam a valorização cambial” (p. 146).

39. FAGUNDES, *Política de defesa da concorrência...*, p. 35.

40. Nesse sentido, Salomão Filho disserta sobre a relação entre política econômica e barreiras à entrada: “Evidente que, em uma economia de juros altos, um empréstimo para ser viável requer um grau de retorno muito mais elevado. Esse é um fator que dificulta, mas não impede, a entrada no mercado. Tudo depende do risco que o empreendedor está disposto a correr. Note-se, além disso, que não se trata de uma barreira decorrente da estrutura do mercado, mas sim das condições econômicas conjunturais. Não deve, portanto, ser combatida através do direito antitruste, mas sim de instrumentos de política econômica”. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 188.

econômicos que ofereçam produtos ou serviços absolutamente diversos dos seus. Não se discute a relevância macroeconômica do sistema financeiro, mas um juízo que confunda os objetivos das duas políticas pode inutilizar o próprio mecanismo de controle concorrencial. Dessa forma, o Bacen deve ser bastante criterioso ao sopesar esse fator com os outros elementos de que dispõe para a análise antitruste.

Por fim, menciona-se o fato de a Circular Bacen 3.950/2012 exigir que as partes apresentem as eficiências que possam ser geradas pelo ato de concentração já no momento da submissão da operação ao crivo do regulador.⁴¹ Trata-se de uma peculiaridade, na medida em que, como vimos, o arcabouço concorrencial brasileiro, por meio do art. 88, §§ 5.º e 6.º, da Lei 12.529/2011 adota o princípio da razoabilidade como norteador do controle de estruturas: são aprovadas as operações que não restrinjam efetiva e substancialmente a concorrência e, mesmo na hipótese de restringirem, há a possibilidade de decisão favorável se identificadas eficiências repartíveis com os consumidores.

Significa que, conforme se depreende do próprio Guia da Análise de Atos de Concentração do Bacen, o exame de eficiências é a última etapa da análise concorrencial, justamente pelo fato de sua existência ser uma excludente de ilicitude para as concentrações consideradas inaceitáveis. Sua apresentação no primeiro momento da análise, mesmo para aqueles atos sem potencial lesivo, constitui carga considerável tanto para a Administração quanto para os administrados. Parece fazer mais sentido que a análise de eficiências continue sendo uma faculdade concedida às partes depois que se verifique provável o exercício de poder de mercado, para que possam comprovar que os ganhos gerados pela operação sobrepõem-se à redução da concorrência.⁴²

41. Circular Bacen 3.950/2012: “Art. 2.º Para fins de análise das operações de que trata o art. 1.º, as instituições envolvidas devem indicar uma delas para fornecer as seguintes informações e documentos ao Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf): (...) V – análise da operação sob o aspecto microeconômico, identificando: (...) d) os ganhos de eficiência esperados com o ato de concentração que possam resultar em benefício aos usuários de produtos e de serviços financeiros, explicitando aqueles derivados de economias de escala, de economias de escopo, da introdução de novas tecnologias, da geração de externalidades positivas e de sinergias, com a quantificação dos respectivos valores”.

42. Nesse sentido, Hovenkamp: “Antitrust could take a number of approaches to the efficiencies problem. First, it could acknowledge the presence of efficiencies generally in the formulation of basic merger rules, but ignore them in particular cases. The argument here is that if mergers did not produce any efficiencies, then very harsh treatment or even per se illegality would be appropriate. (...) By condemning only a small minority of mergers in which threats to competition seem highly probable, we have already taken efficiencies into account. This makes case-by-case assessment of efficiencies unnecessary. Second, antitrust could look at efficiency gains in every case and try to assess their magnitude in light of structural threat posed by the merger. As indicated previously, this could impose an enormous administrative burden on agencies and courts, and one that they lack the

Feitas essas observações, parece-nos que a Circular Bacen 3.590/2012 é inepta no sentido de promover os objetivos de política de defesa da concorrência no SFN. Contudo, independentemente do teor dos diplomas analisados, concorda-se com Faraco quanto à forma como se dá a sobreposição de atividades entre Cade e Bacen atualmente: trata-se de fonte de ineficiência institucional, excesso de controles, insegurança jurídica, redundância de atuações públicas e ônus desmedido ao particular.⁴³ Resta saber qual poderia ser a melhor maneira de eliminar o problema.

4. UMA PROPOSTA DE ARTICULAÇÃO

Entendemos ser verdadeira a premissa de que os bancos, principalmente por conta do papel essencial que exercem no sistema de pagamento e sobre a estabilidade monetária do país, merecem ser objeto de um modelo de controle de estruturas diferente daquele empreendido nos demais setores da economia. Entretanto, isso não significa dizer que se trata de mercado isento da aplicação das regras concorrenciais, nem que esse controle deva ser exercido apenas pelo regulador prudencial.

De fato, o risco de instabilidade inerente à atividade bancária justifica o temor de uma eventual morosidade procedimental do controle prévio de estruturas, associada não a ineficiências institucionais, mas ao período de tempo *necessário* para empreender uma análise concorrencial adequada.⁴⁴ É sabido que a velocidade de propagação dos choques sistêmicos pela economia demanda medidas de urgência. Para essas hipóteses, de crise ou sua iminência, temos como verdadeira a assertiva de Troster de que a avaliação sobre a preponderância entre os aspectos prudencial e concorrencial de determinada operação deve ser a mais célere possível. Para o salvamento da instituição, portanto, é necessária uma expertise que embute uma série de elementos, como detecção rápida de problemas, contato de potenciais

capacity to carry out except in fairly obvious cases. (...) Third, the structural indicators of anticompetitive harm could form the presumptive basis for determining a merger's legality. Presumably, application of these criteria takes into account all the efficiency gains that typically flow from a merger. However, a firm that believed its particular merger produced unusual, measurable, and extraordinary efficiency gains could try to convince the tribunal to approve its merger". In: HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principle and execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 220.

43. FARACO, Alexandre Ditzel. *Aplicação das normas gerais de temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012. p. 376.

44. Esse ponto deve ser destacado porque, faça-se justiça ao Cade, o tempo médio de análise de atos de concentração empreendido pela autarquia ao término de um ano de vigência da Lei 12.529/2011 é absolutamente satisfatório, da ordem de aproximadamente 30 dias, a contar da notificação, para os casos sumários; e de 100 dias, para as operações complexas. Disponível em: [www.cade.gov.br/Default.aspx?3afa3d c348c649e172d3]. Acesso em: 02.09.2013.

compradores e conhecimento profundo da indústria.⁴⁵⁻⁴⁶ Isso posto, o Bacen deve autorizar ato de concentração que potencialmente possa restringir a concorrência, mas que venha a ser necessário para que não afete a higidez do SFN, independentemente da chancela do Cade. Essa autorização, é importante destacar, não é concorrencial, mas prudencial, na medida em que visa à manutenção da estabilidade financeira do país.

É justamente nesse ponto que se diverge das propostas de modelos complementares de articulação dos projetos de lei hoje em trâmite na Câmara dos Deputados, bem como do pacto tácito que permeou a parte do mandato de Armínio Fraga à frente do Bacen.⁴⁷ É que, nesses casos, a apreciação empreendida pelo regulador nas operações sistemicamente preocupantes exclui a atuação do Cade, ou seja, há um delimitador operacional entre a atuação das autarquias que, em última análise, pode desprezar o aspecto concorrencial.⁴⁸

Dessa forma, sugerimos que, uma vez autorizadas pelo regulador tais operações críticas, o Cade empreenda uma análise concorrencial posterior, para que, no caso de serem identificados patamares inaceitáveis de concentração, haja a possibilidade de implementar remédios de forma a compensar eventuais desequilíbrios.

A proposta não é uma novidade. Esse expediente foi adotado pela Comissão Europeia no contexto da crise de 2008 para alguns atos de concentração, com a ressalva de que, nesses casos, parte da justificativa para a imposição de medidas compensatórias englobava o fato de as instituições fusionadas terem sido socorridas pelo regulador por meio de injeções de capital, sob o argumento de que esse suporte sistêmico invalidaria a desconsideração dos aspectos anticompetitivos das operações. Entretanto, mesmo em se tratando de situações emergenciais, a análise antitruste deve ser empreendida sob pena de deterioração substancial das condições de concorrência.⁴⁹

45. O autor destaca o papel do tempo nesses processos: "Um banco que apresenta problemas tem como primeira consequência uma perda no valor de seus ativos devido a uma maior demanda de liquidez por parte de seus correntistas. A segunda consequência é uma perda no valor da franquia do banco; entendendo-se como franquia o relacionamento de um banco com toda a sua carteira de clientes". TROSTER, Roberto Luís. *Os bancos são diferentes?*, p. 294.

46. No mesmo sentido: SADDI. Considerações sobre alguns aspectos jurídicos dos atos de concentração no sistema financeiro nacional. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 113, ano XXXVIII, p. 104.

47. FREIRE, André Luís Macagnan. Concorrência no mercado bancário: incremento da competência do Cade pelo argumento reputacional. *Revista de Defesa da Concorrência* 3/106-129.

48. Nesse sentido, a exposição de Juliano Maranhão no Seminário Dejur/Fiesp, em 18.04.2013.

49. Vide os remédios adotados pela Comissão Europeia por ocasião da aquisição do HBOS pelo Lloyds TSB: "Por fim, não foi apenas a ajuda governamental que preocupou a Comis-

O ponto é que, na linha das melhores práticas internacionais e das demais jurisdições do mundo, deve haver delimitação clara entre a atuação do regulador prudencial e a da autoridade antitruste.

É de suma importância o papel da regulação prudencial para a manutenção da confiabilidade do sistema e estabilidade monetária do país. Contudo, não se pode simplesmente abnegar a função da concorrência no setor bancário, que tem o condão de promover eficiências tanto no tocante ao preço e qualidade dos serviços bancários oferecidos aos consumidores, quanto em relação à alocação de capital para empresas e demais tomadores, podendo assim ser ator fundamental no processo de crescimento econômico e na dinamização das atividades econômicas em geral.⁵⁰

Nessa esteira, não há porque se tolher a atribuição concorrencial do Cade, conforme posta na Lei 12.529/2011, para o controle de estruturas no SFN nos casos que não constituam a exceção sistêmica acima pontuada. Até porque é perfeitamente possível a harmonização entre as atribuições das autarquias. A aprovação societária pelo Bacen de controle de instituição financeira requer o preenchimento das condições previstas pela Res. CMN 4.122, de 02.08.2012, cujos requisitos classificatórios básicos são de caráter eminentemente prudencial: (a) situação econômica compatível com o empreendimento; e (b) capacidade técnica e reputação ilibada.⁵¹ Não observados esses critérios, não deverá autorizar a operação e, obviamente, mal nenhum será feito ao ambiente concorrencial, que

são Europeia. Na decisão anunciada em novembro de 2009, a CE manifestou-se a respeito do grau de concentração em alguns mercados, resultante da operação de aquisição. O LBG passaria a controlar 28% do mercado de hipotecas, 33% das contas-correntes pessoais e um quinto das poupanças e empréstimos para pequenas empresas. Para compensar o abalo na livre concorrência, determinou-se que o banco deveria fazer desinvestimentos em áreas centrais do negócio (*core business*), através da criação de um novo banco com 4,6% do mercado de contas-correntes pessoais, dispersas em um mínimo de 600 agências. O banco, a ser criado possivelmente sob uma das marcas do grupo (Cheltenham & Gloucester), deveria ser vendido em até quatro anos, de forma a facilitar a entrada de um novo concorrente no mercado do Reino Unido, implicado em uma redução dos ativos do LBG de pelo menos 70 bilhões de libras". In: RIBEIRO, Ivan César. *Regulação financeira, poder no mercado e crise financeira*. Tese de Doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2011, p. 8. O autor ainda disserta sobre outras operações restringidas no período, como a aquisição do Dresdner Bank pelo Commerzbank, na Alemanha, e do PNC pelo City National, na Grã-Bretanha.

50. CUEVA, Ricardo Villas Bôas; PRADO, Luiz Carlos. *Concorrência e sistema financeiro: a construção de um modelo de política de defesa da concorrência no setor bancário brasileiro*, p. 142.
51. SADDI, Aprovação pelo Banco Central..., p. 97. Embora elaborado à luz de regulamentação de aprovação de atos de controle revogada pela Resolução CMN 4.122/2012, os requisitos básicos para sua obtenção continuam sendo os mesmos. Além das condições classificató-

continuará como estava sem que a operação se concretizasse. Se, pelo contrário, o regulador setorial aprovar um ato de concentração com potencial de gerar efeitos anticompetitivos que não se enquadre na acima suscitada hipótese de risco sistêmico, o Cade terá a prerrogativa de impor as restrições adequadas à sua aprovação ou até mesmo reprová-lo.

Para que a tarefa do controle de estruturas pelo Cade no SFN seja bem sucedida, é imprescindível a efetiva cooperação entre as esferas no sentido de coordenar suas políticas por meio de constante troca de informações e intercâmbio de pessoal. Conforme já exposto, o regulador prudencial tem acesso a uma série de informações sobre os regulados às quais a autoridade concorrencial não tem acesso, bem como possui o *know-how* decorrente do monitoramento das instituições financeiras, que podem ser de grande valia para identificar a manifestação de poder de mercado no setor.⁵²

5. REFERÊNCIAS

- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Parecer PGBC-327/2001. *Revista da Procuradoria Geral do Banco Central*. vol. 6. n. 1. p. 223-246. jun. 2012.
- CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas; PRADO, Luiz Carlos. Concorrência e sistema financeiro: a construção de um modelo de política de defesa da concorrência no setor bancário brasileiro. In: GOLDBERG, Daniel K. (org.). *Sistema financeiro: o desafio da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008.
- FAGUNDES, Jorge. Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência? *Revista do IBRAC*. vol. 5. n. 6. p. 19-41. 1998.
- FARACO, Alexandre Ditzel. *Aplicação das normas gerais de temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012.
- FARIA, Ricardo Moura de Araújo. *Critérios de notificação de atos de concentração econômica: uma proposta para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. Tese de Mestrado em Economia do Setor Público, Brasília, UnB, 2011.
- FARINA, Elizabeth; NUNES, Rubens. O diabo nos detalhes: a definição dos mercados relevantes no setor bancário. In: MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de (orgs.). *Direito antitruste no setor financeiro*. São Paulo: Singular, 2012.

rias mínimas mencionadas, o postulante à autorização não pode ter restrições cadastrais e deve aderir ao seguro de crédito pertencente ao FGC.

52. Observe-se que Cade e Bacen celebraram um convênio de cooperação técnica em 2005 que, embora vigente, encontra-se em desuso por conta da intensificação da celeuma entre as agências.

- FREIRE, André Luís Macagnan. Concorrência no mercado bancário: incremento da competência do Cade pelo argumento reputacional. *Revista de Defesa da Concorrência*. vol. 3. Brasília, 2014.
- GOODHART, Charles Albert Eric. *The Central Bank and the financial system*. Londres: MIT Press, 1995.
- HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principle and execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *An increasing role for competition in the regulation of banks*. Bonn: ICN Annual Conference, 2005.
- _____. *Setting notification thresholds for merger review*. Kyoto: ICN Annual Conference, 2008.
- MARTINEZ, Ana Paula. Controle de concentrações econômicas no Brasil: passado, presente e futuro. *Revista do Ibrac*. vol. 18. p. 11-57. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2010.
- MULLER, Bianca Abbott. *Concorrência no Setor Bancário Brasileiro*. Tese de Mestrado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2007.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Competition policy and regulatory reform in Brazil: a progress report*. Paris: OECD, 2000.
- RIBEIRO, Ivan César. *Regulação financeira, poder no mercado e crise financeira*. Tese de Doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2011.
- SADDI, Jairo. Considerações sobre alguns aspectos jurídicos dos atos de concentração no sistema financeiro nacional. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. vol. 113. ano XXXVIII. p. 99-107. jan.-mar. 1999.
- _____. Aprovação pelo Banco Central de controle de instituição financeira. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. vol. 5. p. 86-99. São Paulo: Ed. RT, maio-ago. 1999.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SIQUEIRA, Tagore Villarim de. Competitividade sistêmica: desafios para o desenvolvimento econômico brasileiro. *Revista do BNDES*. vol. 16. n. 31. p. 139-184. Rio de Janeiro: jun. 2009.
- TROSTER, Roberto Luís. Os bancos são diferentes? In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (orgs.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12.529/2011, de Leopoldo Pagotto, Bruno Oliveira Maggi e Gabriel Noronha Grecco – *RDB* 55/15 (DTR\2012\2468);
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e Banco Central do Brasil (Bacen): concorrência e regulação no Sistema Financeiro Nacional, de Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita – *RIBRAC* 13/63 (DTR\2011\2208), e
- Do conflito de competência na análise de atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional, de Paolo Zupo Mazzucato – *RIBRAC* 8/11 (DTR\2011\4928).

ATOS DE CONCENTRAÇÃO EM PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: HARMONIZAÇÃO DO SISTEMA DE ANÁLISE PRÉVIA COM A DINÂMICA DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO

GUILHERME TENO CASTILHO MISSALI

Advogado na área de Direito Concorrencial e Anticorrupção em São Paulo.

SAMUEL HÜBLER

Advogado na área de Direito Empresarial em Maringá, atuando principalmente em Falência e Recuperação de Empresas.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial; Societário; Administrativo

RESUMO: O presente trabalho propõe-se ao exame de relevante questão envolvendo a análise de atos de concentração no âmbito de processo de recuperação judicial como meio de preservação da empresa em crise. A problemática será enfrentada à luz do regime de análise prévia dos atos de concentração e da natureza contratual do acordo de vontades na recuperação, abordando assim a interface entre os procedimentos administrativos e judiciais. Como resultado, objetiva-se fornecer elementos de segurança jurídica às partes e balizas no tratamento dessa questão para que se atinjam os objetivos da recuperação judicial e também se preservem os valores concorrenciais.

PALAVRAS-CHAVE: Atos de concentração – Recuperação judicial – Análise prévia – Notificação – Integração prematura – Autorização precária e liminar – Interface.

ABSTRACT: This paper seeks to analyze the relevant matter concerning the merger filings review in the context of judicial reorganization as a manner to preserve the company in crisis. The issue will be addressed in the light of the merger filings' prior review as well as the contractual nature of the intentional agreements in the judicial reorganization, thus approaching the interaction between administrative and judicial procedures. As a result, the goal is to provide elements of legal certainty to the parties and beacons on this issue, so as to achieve the aims of judicial reorganization and also preserving the competitive value.

KEYWORDS: Merger filings – Judicial reorganization – Prior regime of review – Notification – Premature integration – Preliminary and temporary authorization – Interface.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O regime de análise prévia dos atos de concentração: 2.1 *Gun jumping*; 2.2 Autorização precária e liminar – 3. Atos de concentração em processo de recuperação judicial: 3.1 Plano de recuperação judicial, assembleia geral de credores e a natureza contratual do acordo de vontades formado pelas partes; 3.2 Notificação do ato de concentração e análise pelo Cade: 3.2.1 Caso concreto de análise; 3.2.2 Exercício hipotético de análise – 4. Conclusões – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 12.529, de 30.11.2011 (“Lei 12.529/2011” ou “Nova Lei de Defesa da Concorrência”), reestruturou uma série de aspectos de cunho estrutural, procedimental e material do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”). Nesse contexto, uma das mudanças mais relevantes diz respeito à alteração do regime *a posteriori* para o regime *a priori* de notificação de atos de concentração,¹ que veio acoplada ao espírito de sensibilização da política antitruste, objetivando estimular uma mudança da cultura.²

Para fins deste artigo, merecem destaques dois novos institutos relacionados à preservação do equilíbrio da ordem econômica no bojo da recuperação judicial, a saber, *gun jumping* e autorização precária e liminar. Esta será a linha mestra norteadora do estudo.

Após esta introdução, o capítulo segundo, segmentado em dois, contextualizará os institutos supracitados.

No primeiro subcapítulo (2.1) será abordado o instituto do *gun jumping*, buscando verificar o impacto decorrente da consumação prematura de uma operação quando as partes realizam *atos de integração* previamente à autorização antitruste.³ No segundo subcapítulo (2.2) será abordado o instituto da autorização precária e liminar, com o intuito de justificar a integração antecipada, a rigor, vetada ante as regras de *gun jumping*, considerando hipótese excepcional e condicionada a situações específicas.

Em seguida e com o panorama antitruste delineado, no capítulo terceiro, cerne deste artigo, ao considerar casos excepcionais passíveis de autorização precária e liminar, cogitar-se-ão aqueles situados no universo da recuperação judicial. Dado

-
1. O regime de análise prévia de atos de concentração trouxe uma série de inovações e desafios que impactaram o mercado, sobretudo no que tange à alteração dos critérios de notificação. O mercado absorveu relativamente bem essa nova cultura e os processos ganharam maior dinamicidade e eficiência, sobressaindo uma atuação profícua do Cade na nova ordem estabelecida. A propósito, até 2011, dos mais de 90 países com controle estrutural, apenas Brasil, Egito e Paquistão adotavam o regime de análise posterior. A modificação do sistema de notificação brasileiro vem, portanto, na esteira das melhores práticas internacionais (EUA e União Europeia).
 2. Cf. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118: “O Brasil, no primeiro momento de aplicação da NLAB, enfrentará um processo (possivelmente penoso) de amadurecimento e de mudança cultural em que o risco do *gun jumping* possivelmente será em vezes maior que o risco de mérito propriamente dito”.
 3. O *gun jumping* foi disciplinado no ordenamento antitruste brasileiro no bojo dos seguintes dispositivos: art. 88, §§ 3.º e 4.º, da Lei 12.529/2011 e art. 108, § 2.º, e 112 do Regimento Interno do Cade (“RI-Cade”).

Finalmente, passar-se-ão às conclusões, que, dentre outras, atestará a pertinência de se discutir o tema, em especial visando fornecer elementos de segurança aos administrados, além de balizas ao juízo recuperacional e antitruste nas respectivas homologação e análise do ato.

2. O REGIME DE ANÁLISE PRÉVIA DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

2.1 Gun jumping

A Lei 12.529/2011 instituiu o sistema de análise prévia de atos de concentração, albergando o instituto do *gun jumping*.⁷ Simplificadamente, entende-se que “*gun jumping*, *jumping the gun* ou *premerger coordination* (...) é a prática de atos de consumação da operação antes da autoridade antitruste se pronunciar se é favorável ou não à operação submetida a sua análise”.⁸⁻⁹ Na essência, a preocupação é evitar que um ato (negócio jurídico) dê ensejo à troca de informações indevidas ou integração prematura sem a aprovação do Cade.¹⁰

7. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Op. cit., p. 118.

8. Há certas distinções doutrinárias quanto à definição de *gun jumping*, sobretudo no que tange ao caráter ilícito da expressão. Há quem entenda que *gun jumping* se refere a atos proibidos pela legislação antitruste em que as partes integram suas operações antes da autorização para o fechamento da operação. Há também quem defina *gun jumping* de forma mais abrangente, abarcando toda e qualquer atividade praticada anteriormente à consumação da operação com o objetivo de facilitá-la, viabilizá-la ou assegurá-la após a autorização concedida pelas autoridades antitruste. Maiores detalhes a esse respeito, ver HIGGINS, Claudia R.; COPELAND, David. *Premmerger planning and coordination – How to avoid “gun jumping” under U.S. Antitrust Law*. ICLG Merger Control, 2008; e CORDOVI, Leonor. *Gun jumping or cartel: is Brazil prepared for this analysis?* In: Fox, Eleanor M.; SOKOL, D. Daniel (eds.). *Competition law and policy in Latin America*. Oxford: Hart, Publishing, 2009.

9. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Op. cit., p. 118, quando de uma perspectiva comparada, para identificar possíveis subsídios de atos de *gun jumping*: “(...) a experiência internacional, que provavelmente servirá de base à jurisprudência que se formará no âmbito do SBDC, arrola algumas hipóteses que ensejariam *gun jumping* (...): medidas irreversíveis, ou de difícil reversibilidade, como alocação de clientes, paralisação de *marketing* competitivo entre as partes, compartilhamento de informações sobre preços, capacidade de produção e estratégias comerciais; ações que alterem os incentivos entre os *players*, como comercialização de produtos da empresa adquirida; unificação do exercício de poder dentro das companhias, como deixar de realizar negócios e oferecer descontos em função de eventual operação; compartilhar informações confidenciais por razões diversas às perguntas de *due diligence*”.

10. Conforme pontuado pela Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (“ProCade”) no âmbito do AC 08700.005775/2013-19. A consumação de atos que configurem integração prematura (entre as empresas integrantes do ato de concentração) implica conduta anticompetitiva danosa, ainda que em potencial, ao regime antitruste, conforme se infere de MARTINS, Amanda Athayde Linhares. *Gun jumping*, controle prévio de estruturas e o Cade.

o universo de reflexões e a inter-relação temática, tal capítulo encontra-se dividido em dois subcapítulos.

No primeiro (3.1), busca-se situar o instituto da recuperação judicial, contemplado no bojo da Lei 11.101, de 09.02.2005 (“Lei 11.101/2005” ou “LRF”),⁴ abordando aspectos de interface aos institutos antitruste em evidência. Em específico, no processo de recuperação, ver-se-á aptidão para o exercício da autonomia da vontade das partes diretamente envolvidas,⁵ de modo a definir as condições do plano, dentre as quais os meios de recuperação a serem empregados (art. 50 da LRF). Nesse exame, restará cediço que o acordo realizado pelas partes na negociação e votação do plano (art. 53 da LRF) em assembleia geral de credores (arts. 35 e 45 da LRF) possui natureza contratual.⁶ Assim, e partindo da premissa de que dentre os possíveis meios de recuperação do devedor em situação de crise situam-se os atos de concentração (i.e. cisão, incorporação, fusão etc.), o estudo antitruste se revelará imperativo a fim de compatibilizar entendimentos no tocante aos institutos do *gun jumping* e da autorização precária e liminar.

No segundo subcapítulo (3.2), serão feitas considerações à luz da natureza contratual do acordo de vontades, visto que o mesmo pode estabelecer meios de reorganização empresarial que impliquem atos de concentração com impacto antitruste. Pela relevância do tema e para fins de clareza, este subcapítulo encontra-se segmentado em dois.

No primeiro (3.2.1), chamar-se-á a atenção para um caso concreto, de modo a acompanhar o avançar do tema, delineando aspectos a serem desenvolvidos e o atual estágio em termos de jurisprudência. No segundo (3.2.2), será empreendido exercício hipotético de análise, por meio do qual se suscita e analisa, afora outros, o lapso temporal em que ato de concentração, imerso no seio de recuperação judicial, submeter-se-ia ao crivo antitruste (i.e. desde o momento da notificação do ato até eventual autorização precária e liminar), abordando, também, a questão da harmonização de prazos e procedimentos das legislações antitruste e de recuperação de empresas e falências.

4. Lei que abarca o microsistema jurídico de tutela do empresário e da sociedade empresária em crise econômico financeira, realizada por meio da recuperação judicial, da extrajudicial e da falência. Para fins deste artigo, o escopo restou delimitado ao instituto da recuperação judicial, insculpido na norma-objetivo do art. 47 da LRF.

5. Por exemplo, devedor, credores e eventuais terceiros que possam vir a ter interesses diretos no processo.

6. Ver CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. vol. VIII. Posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 331-332; MARZAGÃO, Lídia Valério. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 93-94; CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 129.

Ora, contextualmente no Brasil, a preocupação com o *gun jumping* adquire substância com o advento do novo paradigma de análise concorrencial. Embora legalmente previsto, o Cade enfrentou resistência e questionamentos do empresariado a pretexto dos termos genéricos utilizados para regulamentar o instituto em análise. Alegou-se (e ainda se alega) insegurança jurídica entre os administrados dada falta de objetividade das expressões que orientam o *gun jumping* (ou assim deveriam fazê-lo, segundo críticos).

A inquietude da comunidade antitruste, buscando maior clareza e segurança para nortear os passos e não incorrer em *gun jumping* representa ponderação plausível. Num primeiro momento restavam dúvidas acerca da precisa dimensão do *manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas*, visto não haver diretriz clara dimensionando, por exemplo, se todas e quaisquer alterações nas estruturas físicas estariam vedadas de antemão. Mais ainda, há campo fértil para juízo de valor, leia-se, subjetivismo ao tratar da influência de uma parte sobre a outra, ou então para extrair entendimento uniforme sobre *informações concorrencialmente sensíveis e estritamente necessárias* para a celebração do instrumento formal que vincule as partes.

Pois bem, é razoável e até natural que controvérsias e indagações de ordem prática tenham ocorrido (e continuem a ocorrer)¹¹ à luz de um cenário de reestruturação na sistemática antitruste. Paulatinamente, seja no âmbito da advocacia da concorrência (*advocacy*), com elucidações junto aos administrados por meio de fóruns de discussões e consultas públicas,¹² seja à luz de casos concretos, o Cade vem apresentando entendimento mais firme sobre o tema.¹³

RIBRAC 22/57-80, São Paulo: Ed. RT. Elucidando o tema, SILVA, Ricardo Villela Mafrá Alves da. *Gun-jumping* e atos até o fechamento de operações: a proteção do investimento no contexto da análise prévia de atos de concentração. RIBRAC 24/11-29, São Paulo: Ed. RT, observa que "(...) atos de *gun jumping* ocorrem na hipótese de troca de ativos ou interação entre as partes de uma operação sob análise do Cade, em prejuízo de sua independência empresarial e das condições da concorrência entre si".

11. Fato que não significa necessariamente ponto negativo, do contrário. De certo modo polêmicas e inquietudes são oportunidades interessantes de aperfeiçoamento, de rever a efetividade de regras, de aproximação com o administrado no intuito de diálogo e alinhamento de inteligências (i.e. compreender a dinâmica empresarial), etc.
12. São aguardadas para o ano de 2015 diretrizes endereçando o *gun jumping*, de modo a conferir maior conforto aos administrados, inclusive para fins de *compliance* antitruste, pauta que vem sendo fortalecida na agenda de prioridades do Cade no contexto de seu papel de *advocacy*.
13. De acordo com informações públicas, o Cade já analisou até o momento quatro casos em que inferiu pela infração de *gun jumping*, quais sejam: AC 08700.005775/2013-19 (Requerentes: OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras); AC 08700.008292/2013-76 (Requerentes: Potióleo S.A. e UTC Óleo e Gás S.A.); AC

Desse modo, no horizonte de aproximadamente dois anos e meio da Nova Lei de Defesa da Concorrência, no que tange às *circunstâncias caracterizadoras de consumação antecipada da operação*, poder-se-iam vislumbrar com relativa tranquilidade as seguintes circunstâncias: (i) transferências de ativos (ingerência); (ii) usufruto de ativos (ingerência); (iii) qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra; (iv) troca de informações concorrencialmente sensíveis que não sejam estritamente necessárias para a celebração do instrumento formal que vincule as partes; (v) pagamento integral ou parcial do valor da transação; (vi) anterioridade da data da vigência do contrato em relação à sua data de celebração; e (vii) transferência ou usufruto de valores mobiliários com direito a voto.¹⁴ Ainda que potencial, a prática desses atos daria margem à infração de *gun jumping*.¹⁵

2.2 Autorização precária e liminar

Em compasso com o *gun jumping*, a Lei 12.529/2011 também previu a autorização precária e liminar em sede de integração prematura. Em caráter excepcional e tendo por base condições específicas, a autoridade concorrencial

08700.008289/2013-52 (Requerentes: Aurizônia Petróleo S.A. e UTC Óleo e Gás S.A.); e AC 08700.002285/2014-41 (Requerentes: Fiat S.p.A. e Chrysler Group LLC). No *leading case* (AC 08700.005775/2013-19), a Conselheira rel. Ana Frazão observou que a pena de nulidade representa o “corolário lógico do controle preventivo implementado a partir da entrada em vigor do novo diploma antitruste”. Consequentemente, no regime de autorização prévia, a consumação de uma operação traduz variável sensível. Outrossim, no que tange à dosimetria quando da aplicação da multa pela infração de *gun jumping*, Ana Frazão salientou ser tal infração sempre de gravidade elevada, ainda na hipótese de a operação precocemente consumada não despertar preocupações concorrenciais. Ou seja, esse entendimento corrobora a sensibilidade do *gun jumping* em face do regime de análise prévia.

14. Ver AC 08700.007899/2013-39. Nesse caso, à luz de situações específicas, os indícios de *gun jumping* foram afastados. Pontue-se também o Parecer 182/2013 da ProCade no âmbito do AC 08700.005775/2013-19. Na ocasião, a ProCade observou que a ausência de cláusula suspensiva com relação à aprovação da operação pelo Cade ensejaria circunstância propícia ao *gun jumping*. A *contrario sensu*, a mera assinatura de instrumento vinculativo entre as partes, ou mesmo a realização de atos voltados ao fechamento do negócio, como operações de *due diligence*, não teriam, segundo a ProCADE, o condão de configurar a consumação prematura da operação.
15. De acordo com a Conselheira rel. Ana Frazão no AC 08700.005775/2013-19, “(...) parece claro que qualquer ato jurídico capaz de alterar, ainda que apenas potencialmente, as relações concorrenciais no mercado deve ser objeto da referida pena de nulidade. Aqui é importante rejeitar a tese de que seriam nulos apenas os atos que efetivamente gerassem efeitos negativos no mercado. Tal tese confunde os efeitos decorrentes da nulidade associada à consumação prematura da operação com os efeitos da decisão de mérito do Cade que constatar a redução da concorrência oriunda de uma dada operação”.

poderá admitir que o comportamento concentracionista seja acelerado (art. 59, § 1.º).¹⁶

Pontue-se que a excepcional autorização para a realização prematura de um ato de concentração deve ser analisada à luz do caso concreto, não sendo, pois, um dispositivo de aplicação automática. Os três requisitos, cumulativos, para efeitos de autorização precária e liminar são: (i) que não haja perigo de dano irreparável para as condições de concorrência no mercado; (ii) que as medidas cuja autorização for requerida sejam integralmente reversíveis; e (iii) que o requerente logre demonstrar a iminente ocorrência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis para a empresa adquirida, caso a autorização precária para realização do ato de concentração não for concedida.¹⁷

Em face desse panorama, o dispositivo da autorização precária emerge como instrumento de vital relevância, notadamente quando da hipótese de um ato vir a ser impugnado ao Tribunal, dado que, nesse contexto, a análise do caso pode se alongar e comprometer o fechamento do negócio, resultando em prejuízo às partes.¹⁸ Dessa maneira, ao prever determinadas garantias, a transferência de ações entre as partes (i.e. fechamento do negócio) poderá não comprometer a eficácia de eventuais condições de aprovação que vierem a ser estabelecidas pelo Cade, ao

16. *In verbis*: “O conselheiro relator poderá autorizar, conforme o caso, precária e liminarmente, a realização do ato de concentração econômica, impondo as condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto”. Adicionalmente a este fundamento legal, ver também arts. 115 a 117 do RI-Cade.

17. Em virtude das especificidades exigidas para a autorização precária, alegar-se-ia uma espécie de Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (“Apro”) reverso ou “às avessas”. Ver ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Op. cit.*, p. 210. Em termos contratuais, importante estabelecer cláusulas que assegurem a efetividade da decisão final do Cade, ainda que diante da autorização precária para a consumação antecipada do negócio. Nesse sentido, a título de exemplo de como ocorria no Apro – Lei 8.884/1994, cláusulas estabelecendo a manutenção: de estruturas administrativas próprias, sendo vedado aos membros do Conselho de Administração e da Diretoria de uma empresa o exercício de funções de administração da outra; do pleno funcionamento das respectivas unidades produtivas; do nível de emprego; da personalidade jurídica de ambas as empresas; a não alteração de formas de apresentação e comercialização de produtos, dentre outros aspectos.

18. Consideração paralela e além seria no sentido de cogitar a pertinência em flexibilizar certos atos tidos por infratores ao *gun jumping* em face da empresa em crise, ante o excepcional contexto de não preenchimento dos requisitos da autorização precária, ao mesmo tempo em que a situação fática exigisse medida de urgência. Caso o Cade considerasse a flexibilização medida pertinente, cuidado redobrado seria necessário, vez que tal hipótese poderia implicar artifício das partes por meio do qual a autorização precária e liminar seria utilizada como uma “plataforma legal” para essas mesmas partes escaparem ou “justificarem” a violação do *gun jumping*.

mesmo tempo em que assegura a antecipação do processo de “captura de sinergias decorrente da combinação dos negócios, operações e ativos das partes”.¹⁹

3. ATOS DE CONCENTRAÇÃO EM PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

3.1 *Plano de recuperação judicial, assembleia geral de credores e a natureza contratual do acordo de vontades formado pelas partes*

O instituto da recuperação judicial, insculpido na norma-objetivo do art. 47 da LRF,²⁰⁻²¹ é remédio de superação da situação de crise econômico-financeira passageira destinado aos empresários ou às sociedades empresárias economicamente viáveis,²² doravante denominados *devedor*, sendo que a solicitação se dá pela via judicial e por iniciativa que cabe, exclusivamente ao devedor (art. 48) através do *pedido de recuperação judicial*.

Na busca dos objetivos preceituados pelo art. 47, a LRF regula o processo e os procedimentos da recuperação e fornece ferramentas e meios para que o devedor reorganize suas atividades a fim de superar a situação de crise, com a “criação de ambiente próprio à negociação entre credores e devedor”, conforme salienta Ricardo Negrão.²³

19. ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. Op. cit., p. 210.

20. *In verbis*: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

21. Cf. MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.) *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 265.

22. O número de processos de recuperação judicial vem aumentando significativamente com o passar dos anos, fato que pode ser imputado ao paulatino amadurecimento da Lei 11.101/2005 e também às vicissitudes enfrentadas pelo mercado brasileiro, notadamente após o ano de 2008. Em uma exposição comparativa de [ano]: “recuperações requeridas”/“recuperação com processamento deferido”: 2005: 110/53; 2006: 252/156; 2007: 269/195; 2008: 312/222; 2009: 670/492; 2010: 475/361; 2011: 515/397; 2012: 757/618; 2013: 874/690; 2014: 775/634 (até o mês de novembro), com base em dados levantados pela Serasa Experian, disponíveis em: [www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm]. Acesso em: 14.12.2014.

23. A respeito, comenta Ricardo Negrão, “Substancialmente, os institutos de recuperação desde o Código Comercial de 1850 até o Dec.-lei 7.661/1945, revogado pela Lei 11.101/2005, previam instrumentos de prevenção e de suspensão da falência, com pagamentos parciais ou totais ou, ainda, tão somente concessão de prazo, conforme a qualificação da falência. (...) Distancia-se a legislação de 2005 de todas as revogadas em alguns pontos essenciais: (a) ampliação do universo de credores, até então limitado os credores quirografários; (b)

Há nítida preocupação com a efetiva reorganização das atividades do devedor.²⁴ Assim a lei prevê a necessidade de apresentação do *plano de recuperação judicial* (art. 53 da LRF), peça mais importante do processo, o qual deverá conter *discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados* (inc. I); *demonstração de sua viabilidade econômica* (inc. II); e *laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada* (inc. III).

Ainda, a disciplina legal da recuperação judicial preocupa-se com a legitimidade da solução adotada e com a busca conjunta pelas partes diretamente afetadas dos meios mais eficazes de reorganização das atividades do devedor.²⁵ Por esse motivo chama os credores a participarem ativamente do processo, principalmente em sede de *assembleia geral de credores* (art. 35, I) que terá por competência, *lato sensu*, deliberar sobre qualquer assunto que possa afetar os interesses dos credores e o destino do processo.²⁶ Dessa forma, os credores reunidos em assembleia deliberam sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação e a decisão da maioria, na forma do art. 45 da LRF, obriga a minoria,²⁷ medida em que se aproxima da concordata de maioria da Lei 2.024/1908 e da Lei 5.746/1929.

não limitação dos meios recuperatórios; (c) criação de ambiente próprio à negociação entre credores e devedor; (d) clara definição do processo recuperatório." NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33-36.

24. Acerca das vantagens do instituto da recuperação judicial com relação à concordata, ver PERIN JR., Êcio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 334.
25. Sobre a atuação em certo grau cooperativa entre devedor e credores na busca de uma solução conjunta MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *RDB* 36/184. São Paulo: Ed. RT, 2007.
26. A assembleia geral de credores tem por competência, na recuperação judicial, deliberar sobre *aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor* (alínea a); *a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição* (alínea b); *o pedido de desistência do devedor* (alínea d); *o nome do gestor judicial, quando do afastamento do devedor* (alínea e); *qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores* (alínea f).
27. "Dominada por princípios jurídicos que lhe são peculiares, a concordata não perde, entretanto, a sua feição contratual, seja um contrato anômalo, desde que ao devedor, já impossibilitado de pagar, já inábil para contratar sobre bens, interesses e direitos da massa, é conferida a extraordinária faculdade de, antes ou durante a sua falência, celebrar com os credores os acordos que entender; seja um contrato original, em virtude da exceção do princípio da liberdade de contratar, isto é, da preponderância que a maioria dos credores exerce sobre a minoria, forçando-a a aceitar a sua vontade, pois homologada, a concordata adquire eficácia vinculativa a todos." CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 7. ed. vol. VIII. Posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 331-332.

Em razão do espaço para exercício de autonomia da vontade das partes diretamente envolvidas no processo, diz-se que o acordo de vontades entre devedor e credores formado em assembleia geral sobre as condições do plano e o destino da recuperação possui natureza contratual,²⁸ pois ainda que o processo tenha finalidade publicista a solução negocial será construída, respeitados os limites legais, autonomamente pelas partes e será, a princípio, homologada pelo Poder Judiciário (art. 58 da LRF).²⁹

A solução negocial que busca a concessão da recuperação e o soerguimento da situação de crise tem início com a apresentação do plano de recuperação judicial pelo devedor, que será submetido à análise dos credores que podem objetá-lo (art. 55 da LRF), o que implicará na necessidade de convocação da assembleia geral (art. 56 da LRF). Assim, na relação contratual ocorrida dentro do processo de recuperação, o devedor propõe os termos iniciais do *contrato*, no plano de recuperação, para apreciação dos credores; em sede de assembleia geral pode haver a *anuência e compromisso em assinar do contrato* pelos credores, com o voto favorável à aprovação do plano ainda que com modificações; e, na sequência, a efetiva *assinatura*, com a homologação do resultado da assembleia pelo poder judiciário.

Como visto, um dos requisitos do plano é a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados, os quais estão relacionados de forma meramente ilustrativa no art. 50 da LRF. Dentre os meios de recuperação sugeridos pelo art. 50 estão presentes, afóra outros, cisão, incorporação e fusão (inc. II),³⁰ os quais representam, via de regra, atos de concentração (art. 90 da Lei 12.529/2011)

28. A respeito da natureza contratualista do acordo de vontades entre devedor e credores: CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 129. MARZAGÃO, Lúcia Valério. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 93-94.

29. Diz-se a princípio, porque há: i) o poder-dever do judiciário em exercer o controle de legalidade sobre o plano e sobre a assembleia, conforme STJ, REsp 1.314.209/SP, 3.ª T., j. 22.05.2012, rel. Min. Nancy Andrighi; ii) celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade do judiciário interferir no mérito do plano; iii) a possibilidade de concessão da recuperação judicial mesmo que o plano tenha sido rejeitado em assembleia, na forma do art. 58, § 1.º, da LRF, chamada *cram down*.

30. A cessão de cotas ou ações (inc. II), assim como a alteração do controle societário (inc. III) dependerão do exame concreto para verificar o enquadramento no rol de atos de concentração e a correspondente obrigatoriedade de notificação, em particular à luz da Res. 02/2012 do Cade, recentemente alterada pela Res. 09/2014. Ainda, vale observar APPENDINO, Fábio Diniz. Os meios de recuperação judicial: (i) cisão, incorporação, fusão e transformação de sociedades; e (ii) alienação de participações societárias detidas pelo devedor (artigo 50, II, da Lei Falimentar). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coords.). *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 335-354.

e que, em determinados casos, devem ser submetidos à aprovação do Cade (art. 88 da Lei 12.529/2011).

O controle dos atos de concentração no SBDC, conforme já exposto, deve ser prévio, sob pena de configuração de *gun jumping*. Já na recuperação judicial há uma singular formação do *contrato*, que pode adotar, como meio de recuperação, determinado ato de concentração, em que há o envolvimento de devedor, credores, Poder Judiciário e terceiro adquirente, realizada dentro de processo judicial. Na harmonização da solução negocial construída em sede da recuperação judicial e que implique ato de concentração, sujeito ao controle do Cade, é que reside um dos cerne do presente trabalho.³¹

3.2 Notificação do ato de concentração e análise pelo Cade

Na dinâmica do processo de recuperação judicial, os atos de concentração podem ter as tratativas iniciais e serem *propostos* em diversos momentos: (i) *previstos em concreto pelo plano* que quando apresentado pode conter todas as informações detalhadas da operação que se pretende realizar; (ii) *previstos em abstrato pelo plano* que prevê a possibilidade da realização do ato, desde que em momento futuro, antes da realização da assembleia,³² apareça terceiro interessado; (iii) *sem previsão no plano e antes da concessão da recuperação* quando pode haver proposta de terceiro em assembleia para apreciação pelos credores, sendo necessária a anuência do devedor;³³ (iv)

31. A respeito da necessidade de submissão ao Cade de atos de concentração realizados no bojo da recuperação judicial: “Vale dizer: seja pela própria convicção do legislador, seja pelo cotejo dos bens juridicamente tutelados, fica evidente a necessidade de submissão de atos alcançados pela lei antitruste às autoridades competentes. Daí, aliás, a convicção que não há conflito de competências entre ambos os diplomas; muito pelo contrário, a chamada Lei de Falências não apenas admite como eleva os demais diplomas incidentes à condição da realização da recuperação. [...] Felizmente; caso contrário o instituto da recuperação correria o risco de desvirtuamento, podendo inclusive ser utilizado como planejamento para evitar a incidência da Legislação Antitruste”. GUERRA, Glauco Martins; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro. Intervenção do Estado no domínio econômico e recuperação judicial – Uma análise pontual do inciso II, do artigo 50 da Lei Federal 11.101/2005 e do artigo 54 da Lei Federal 8.884/1994. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coords.). *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 263-265.

32. Não se entende pela possibilidade do plano prever ato de concentração em abstrato a ser definido em detalhes e consumado após a realização da assembleia e eventual concessão da recuperação, porque nessa hipótese os credores, no ato de votação do plano, não teriam certeza da viabilidade econômica e da efetivação do meio de recuperação proposto, bem como não seria possível elaborar laudo econômico-financeiro a partir de mera probabilidade da ocorrência do ato e sem a definição de suas condições (art. 53 da LRF).

33. Situação ocorrida no AC 08700.008605/2013-86. Entretanto, no caso não se analisou a correlação entre a análise concorrencial e os efeitos sobre o processo de recuperação.

sem previsão no plano e após a concessão da recuperação,³⁴ hipótese em que o terceiro apresentará a proposta ao devedor, caso este concorde será ouvido o Comitê de Credores, ainda e eventualmente, será convocada assembleia geral de credores para deliberação e na sequência será imprescindível a anuência judicial.³⁵

Dada a natureza contratual do acordo de vontades na recuperação judicial, formado entre devedor, credores e terceiro adquirente, realizado dentro de processo judicial com a necessidade de chancela do juiz, a assinatura do instrumento formal que vincule as partes para realização de ato de concentração pode ocorrer em dois períodos, considerados os momentos da proposta elencados acima: (i) quando da aprovação do plano em assembleia e posterior homologação do resultado pelo Judiciário com consequente concessão da recuperação; (ii) após a concessão da recuperação e dentro do período de supervisão judicial, em que o devedor permanece em recuperação (art. 61 da LRF) antes da prolação da sentença de encerramento do processo (art. 63 da LRF), em que será necessário o acordo entre as partes diretamente envolvidas e, em seguida, a anuência judicial. Verifica-se que, tanto em um período como no outro, o momento de assinatura do instrumento vinculativo é bipartido, pois estendido no tempo entre o acordo das partes diretamente envolvidas e a chancela judicial.

3.2.1 Caso concreto de análise

No regime de análise *a priori*, o Cade ainda não contou com muitas oportunidades para se manifestar acerca dos atos pretendidos no curso da recuperação judicial. Em sede dos reduzidos precedentes,³⁶ o debate igualmente não adentrou no cerne da problemática em questão, mormente por conta das peculiaridades de cada caso.

Em que pese esse fato, um caso que trouxe considerações preliminares sobre a matéria, em parecer da ProCade, foi o AC 08700.008187/2012-56, envolvendo as

34. Ato de concentração realizado antes da prolação da sentença de encerramento da recuperação judicial (art. 63 da LRF) e durante o biênio de supervisão judicial (art. 61 da LRF), pois o devedor permanece em recuperação até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até dois anos depois da concessão da recuperação judicial.

35. Citam-se: AC 08700.008187/2012-56; AC 08700.008212/2012-00; e AC 08700.008605/2013-86.

36. Mais recentemente (segundo semestre de 2014), o Cade examinou casos de recuperação judicial envolvendo a empresa LBR Lácteos Brasil S.A., sem, entretanto, adentrar no escopo particular deste artigo. Ver: AC 08700.008080/2014-70 (Requerentes: Cooperativa Agropecuária Vale do Rio Doce Ltda. e LBR Lácteos Brasil S.A.); AC 08700.008081/2014-14 (Requerentes: Colorado Imóveis e Participações Ltda. e LBR Lácteos Brasil S.A.); AC 08700.008082/2014-69 (Requerentes: Laticínios Bela Vista Ltda. e LBR Lácteos Brasil S.A.); e AC 08700.007436/2014-58 (Requerentes: Lactalis do Brasil – Comércio, Importação e Exportação de Laticínios Ltda. e LBR Lácteos Brasil S.A.).

requerentes Camil Alimentos S.A. ("Camil") e Carreteiro Alimentos S.A. ("Carreteiro"). Trata-se de um caso paradigmático e que, pelas luzes iniciais lançadas, merece um estudo mais detido.

A título de contextualização, a devedora Carreteiro, que ao final do processo teve a recuperação judicial concedida com base no *cram down* (art. 58, § 1.º, da LRF), apresentou termo aditivo ao plano originário em que previu, como meio de reorganização de suas atividades e levantamento de recursos, a constituição de SPE ("Sociedade de Propósito Específico") a partir de bens de UPI ("Unidade Produtiva Isolada"). Definiu-se a alienação da SPE para a empresa adquirente Camil, por determinado valor, com cláusula suspensiva com relação à aprovação da operação pelo Cade.

Ocorre que a sentença concessiva da recuperação determinou que o depósito judicial referente à operação de alienação da UPI e constituição da SPE fosse realizado no exíguo prazo de 72h após a intimação de Camil, independente da análise do ato pelo Cade e, ainda, determinou³⁷ (i) o depósito judicial do valor da operação por Camil; e (ii) a formação imediata da SPE para continuidade das atividades da UPI.

Os termos da decisão proferida pelo juízo recuperacional geraram dúvidas acerca de indevida limitação ao exercício pelo Cade de sua competência. Em seu parecer, a ProCade expôs as competências de atuação do Poder Judiciário e do Cade para, ato contínuo, analisar os exatos termos e efeitos da sentença, chegando à conclusão de que não houve, no caso, limitação da competência do Cade, como também que não houve a realização de atos de integração prematura em cumprimento à decisão. Conforme argumentado no parecer (i) o depósito judicial não configurou pagamento do preço de Camil para Carreteiro, porque o valor foi depositado como forma de garantia de realização da operação e ficaria retido até análise do ato pelo Cade; e que (ii) a constituição da SPE não implicaria sua transferência imediata para Camil, de forma que, caso o ato não fosse aprovado pelo Cade, a SPE poderia ser alienada para outrem.³⁸

37. Consta da decisão que "não se faz necessário aguardar o prazo do recurso administrativo de 15 dias pelos interessados, para realização do depósito judicial ou de qualquer outra medida tendente à operação da UPI", conforme Autos 005178576.2012.8.19.0001, em trâmite na 7.ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ.

38. O parecer da ProCade destacou que "a questão apresenta repercussões tanto no âmbito da recuperação judicial quanto no âmbito concorrencial, e parece natural que assim ocorra, pois a legislação aplicável à matéria não veda a análise concorrencial das operações de concentração conduzidas sob a recuperação judicial, nem impede a recuperação judicial que envolva medidas com possível impacto concorrencial. Há, nesse campo, efetiva separação do campo de aplicação das regras específicas a cada matéria, de modo que a coerência da atuação do poder público (em sentido amplo, por meio de medidas administrativas ou judiciais) em casos como esse depende de uma correta observância dos limites de competência".

3.2.2 Exercício hipotético de análise

Conforme já mencionado, alguns atos de concentração podem ser empregados para viabilizar a recuperação judicial. Partindo dessa premissa, a fim de conferir objetividade à análise, elegeu-se a *incorporação* (art. 227 da Lei 6.404/1976) como o ato de concentração a ser considerado.³⁹ Em resumo, trata-se de operação em que o devedor sociedade empresária A, requerente da recuperação ou em recuperação,⁴⁰ será incorporado pelo terceiro incorporador sociedade empresária B que, ao absorver A, lhe sucederá em todos os direitos e obrigações, inclusive aquelas obrigações decorrentes do plano de recuperação judicial.

Pois bem, assume-se que o caso hipotético é de notificação obrigatória ao Cade (preenchimento dos critérios objetivos), com a existência do *instrumento formal vinculativo* contemplando cláusula suspensiva com relação à aprovação pelo Cade.⁴¹

Estabelecida tal premissa, passa-se a investigar os desdobramentos da operação de incorporação, realizada em sede de processo de recuperação judicial, precipuamente no que se refere (i) ao momento da notificação da operação ao Cade; (ii) à análise da operação pelo Cade; (iii) à realização de atos que configurem *gun jumping*; e (iv) à autorização precária e liminar, com a imposição de condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, com vistas à preservação da empresa e defesa dos interesses protegidos pelo art. 47 da LRF.

Com efeito, é de certo modo simplista afirmar que a notificação do ato de incorporação deve ser protocolada preferencialmente após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação. Isso porque, como visto, as tratativas para que B incorpore A podem ser iniciadas em diversos momentos; já a *assinatura do instrumento* pode ocorrer em dois períodos de momentos bipartidos: (i) quando da *aprovação do plano em assembleia* e posterior homologação do resultado pelo judiciário com consequente *concessão da recuperação*; (ii) *após a concessão da recuperação* e dentro do período de supervisão judicial, em que será necessário o *acordo entre as partes diretamente envolvidas* e, em seguida, a *chancela judicial*.

39. *In verbis*: “A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”. Para efeitos deste exercício, assume-se que grupos econômicos distintos estão envolvidos na operação hipotética.

40. *Requerente* é a posição jurídica do devedor que apresentou em juízo o pedido de recuperação judicial, mas que ainda não obteve a concessão da recuperação. *Em recuperação* é a posição jurídica do requerente após a concessão da recuperação na forma do art. 58 da LRF.

41. Cf. AC 08700.005775/2013-19, que adicionou ao rol exemplificativo de situações que podem deflagrar o *gun jumping* a ausência de cláusula suspensiva com relação à aprovação da operação pelo Cade.

Sob a égide da recuperação judicial, quando se fala em *assinatura* do contrato, está-se na iminência da consumação da operação, (i) pela condição de crise de A, que demanda premente aporte de recursos por parte de B para desenvolver suas atividades e honrar com as obrigações assumidas no plano; (ii) pela existência de decisão judicial, que homologa os atos das partes e as vincula, ainda que a decisão e o acordo das partes tenham a eficácia condicionada à aprovação pelo Cade. Nesse cenário, mesmo que não se tenha verificado de fato a *assinatura do instrumento vinculativo*, de caráter peculiar na recuperação judicial, é recomendável que a notificação do ato ao Cade seja realizada no momento em que B formaliza a proposta de incorporação de A, seja antes da assembleia geral de credores, durante a assembleia ou após a concessão da recuperação, mesmo que a operação não venha a se concretizar.

A recomendação mostra-se relevante pois, ao menos na letra da LRF, o processo de recuperação judicial deveria desenvolver-se da data do deferimento do processamento da recuperação (art. 52 da LRF) até a homologação do resultado da assembleia (art. 58 da LRF), em 180 dias (art. 6.º, § 4.º, e art. 56, § 1.º),⁴² e, mesmo que o prazo seja excedido, a celeridade dos processos de recuperação é crucial para tentar soerguer o devedor da situação de crise e evitar a falência; ao passo que controle prévio dos atos de concentração será realizado, a princípio, em até 240 dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.⁴³ Ao proceder dessa forma, B contribuiria para a harmonização entre os prazos judiciais do processo de recuperação e o prazo administrativo para análise do ato pelo Cade,⁴⁴ em benefício do sucesso da recuperação de A.

Na hipótese de B entender por bem aguardar a efetiva *assinatura do contrato*, com o aceite da proposta de incorporação pelos credores e subsequente homologação judicial, de toda sorte, não haveria infração ao sistema de análise prévia dos atos de concentração, pois a *simples assinatura do instrumento vinculativo entre as*

42. Conforme se denota do prazo do *automatic stay* fixado em 180 dias (art. 6.º, § 4.º, da LRF), podendo ser prorrogado quando a demora não foi causada pelo devedor; bem como da previsão de que “data designada para a realização da assembleia geral não excederá 150 dias contados do deferimento do processamento da recuperação judicial” (art. 56, § 1.º, da LRF). Na prática tem-se que os prazos originalmente planejados pelo legislador são dificilmente cumpridos, principalmente em razão de recursos e da morosidade judicial, de forma que é comum o processo se estender por mais de 360 dias.

43. Recordando que, em caráter excepcional, tal prazo poderá ser dilatado, (i) por até 60 dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou (ii) por até 90 dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão (art. 88, § 9.º, da Lei 11.529/2011).

44. Merece nota SALLES, Luiz Eduardo. Bomba-relógio ou marca-passo? O prazo de análise de concentrações na nova lei de concorrência. *RIBRAC* 21/111-140, São Paulo: Ed. RT, 2012.

*partes, ou mesmo a realização de atos voltados ao fechamento do negócio, como operações de due diligence, não tem o condão de configurar a prática de gun jumping no direito brasileiro.*⁴⁵

Ao revés e sob pena de incorrer em consumação prematura, e daí, em *gun jumping*, B estaria impedido, até decisão do Cade, de (i) realizar transferência de ativos para A ou para os credores, em pagamento das parcelas do plano; (ii) usufruir dos ativos de A, em continuação da atividade produtiva ou comercial; (iii) realizar qualquer tipo de influência sobre A; (iv) trocar ou ter acesso a quaisquer informações concorrencialmente sensíveis de A; (v) pagar integral ou parcialmente o valor da transação para A ou para os credores; (vi) transferir ou permitir o usufruto para os sócios de A ou credores de valores mobiliários com direito a voto.⁴⁶ Assim, a rigor, B não poderá realizar aporte de recursos em A, assumir a atividade produtiva ou comercial, nem realizar pagamento aos credores, o que, por vezes, representa ameaça à efetividade do resultado da recuperação judicial.

Não se pretende, com isso, buscar justificativa para suplantar a necessidade de aprovação do Cade para consumação da operação; do contrário, busca-se, sim, destacar a importância de que a notificação, ou melhor, a impugnação da análise ao Tribunal ocorra com a maior brevidade possível,⁴⁷ evitando, inclusive, tensão entre a decisão judicial no processo de recuperação e a autonomia do Cade para apreciar os aspectos concorrenciais da operação.

À primeira vista, qualquer ingerência de B sobre A, antes da autorização pelo Cade, poderia acarretar nulidade dos atos e imposição de multa às partes. Contudo, na análise do AC 08700.008292/2013-76, balizou-se que a prática de atos banais e corriqueiros da atividade empresarial não configuraria *gun jumping*.⁴⁸ Nesse racio-

45. Cf. Parecer ProCade 182/2013 no AC 08700.005775/2013-19.

46. Hipóteses exemplificativas à luz do AC 08700.007899/2013-39.

47. Isto é, se factível ante a situação concreta, abreviar o prazo de 30 dias estipulado no art. 115, § 2.º, do RI-Cade (e igualmente para a apreciação do Tribunal – ou seja, quer-se prestigiar uma análise célere, cujo parâmetro não seja o máximo prazo legal). Tal procedimento viria no intuito de lograr sinergia entre a decisão judicial e a decisão antitruste, como também aumentar as chances de efetividade do processo recuperacional. Oportuno notar que a LRF, em seu art. 79, estabelece que, no âmbito processual cível, “os processos de falência e os seus incidentes preferem a todos os outros na ordem dos feitos, em qualquer instância”, disposição esta que vem sendo aplicada igualmente para os processos de recuperação judicial, nos quais o fator tempo é de extrema relevância para que a empresa recuperável em tese seja recuperável de fato.

48. Entendeu-se que “algumas situações jurídicas mostram-se de tal forma rotineiras e banais na vida empresarial contemporânea que é difícil imaginar que possam elas ser alcançadas pela pena de nulidade prevista no art. 88, § 3.º, da nova Lei Antitruste”, tais como “o pagamento a certos tipos de fornecedores (ex.: contas de luz e água), a aquisição de equipamentos de uso corriqueiro (ex.: materiais de escritório) e a contratação de serviços sem

nal, ainda que *B* não possa assumir de imediato os ativos/atividades de *A*, poderia, ao menos, realizar atos destinados à manutenção do estado de funcionamento de *A* e à preservação das condições da operação, desde que sem efeitos concorrenciais relevantes, até o ulterior julgamento da incorporação pelo Cade.⁴⁹

Dada a situação econômico-financeira sensível do devedor requerente da recuperação ou em recuperação judicial e a necessidade premente de aporte de recursos e início das atividades de reorganização da atividade empresarial, seria de suscitar a possibilidade de se requerer autorização precária e liminar para a realização prematura de um ato de concentração. Conforme trabalhado ao longo deste artigo, caso a medida fosse requerida, caberia a *B* demonstrar (i) inexistência de perigo de dano irreparável para as condições de concorrência no mercado; (ii) que as medidas cuja autorização for requerida são integralmente reversíveis; e (iii) que logre demonstrar a iminente ocorrência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis para *A*, caso a autorização precária para realização do ato de concentração não for concedida.

Nesse contexto de autorização precária e liminar, poder-se-ia cogitar eventual *flexibilização de critérios* com relação à configuração do *gun jumping* e integração prematura, em que *B* estaria autorizado a realizar atos de integração com *A* em um cenário em esse mesmo *A*, ainda que viável economicamente, estivesse totalmente descapitalizado e necessitando da consumação da operação para manter-se em atividade e conseguir honrar com as obrigações previstas no plano de recuperação. Sob esse diapasão, portanto, a autorização precária e liminar seria o recurso derradeiro em nome da preservação da empresa e em busca dos objetivos insculpidos no art. 47 da LRF.

Destarte, ainda que se busque na autorização precária e liminar meio de salvaguardar a manutenção presente das atividades de *A* e o efetivo êxito futuro do empreendimento a ser incorporado por *B*, é de se atentar para a questão temporal. Isto é, o prazo máximo para concessão da autorização precária, mesmo que mais célere em relação ao prazo da análise regular, poderia se revelar, em casos envolvendo recuperação judicial, sensivelmente longo. Para que o conselheiro relator possa eventualmente autorizar, precária e liminarmente, o ato de concentração econômica (art. 59, § 1.º, da Lei 12.529/2011) é necessária, primeiramente, manifestação da superintendência-geral a respeito, emitida no prazo de 30 dias a contar da notificação do ato, para, somente então e em igual prazo, o conselheiro relator (Tribunal) apreciar o pedido (art. 115, §§ 2.º e 3.º, do RI-Cade). Nessa situação

qualquer relevância concorrencial (ex.: manutenção predial)", sendo que aplicar a pena de nulidade e multa nesses atos seria, "pelo menos à primeira vista, desarrazoada, seja porque gera custos sociais gigantescos, a serem arcados principalmente por terceiros de boa-fé, que não estão de forma alguma relacionados à prática infrativa".

49. Cf. SILVA, Ricardo Villela Mafrá Alves da. Op. cit.

é possível verificar o transcurso de até 60 dias para que a autorização em análise seja concedida, período que, muitas vezes, pode ser excessivamente longo para a situação de A, o qual se encontra com a saúde financeira e estrutura organizacional combalidos, e necessita, ao menos, de premente aporte de recursos.⁵⁰ Em síntese, a preocupação se manifesta em virtude do prazo para a concessão da autorização precária e liminar, que, com efeito, pode ser um óbice relevante aos objetivos da recuperação judicial.⁵¹

Para ilustrar a possível incompatibilização de prazos, mesmo em se falando de concessão de autorização precária para fechamento, imagine-se que a proposta de incorporação de A por B tenha sido realizada nos autos de recuperação judicial no interregno entre a apresentação do plano de recuperação e realização da assembleia geral de credores, sendo, por fim, delineada e aprovada na própria assembleia, com subsequente homologação judicial.

Nessa hipótese, os créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 03 meses anteriores ao pedido de recuperação, até o limite de 05 salários mínimos por trabalhador, deverão ser pagos em até 30 dias da homologação (art. 54, parágrafo único, da LRF). No transcurso desse prazo seria possível que não se vislumbresse a análise do pedido de concessão para autorização precária. Soma-se a isso o fato de que, não raro, A não disporia, por conta própria, dos recursos necessários para referido pagamento, o qual, se não realizado, poderá configurar descumprimento do plano e ensejar a convolação da recuperação em falência (art. 94, III, g, da LRF).

Assim, mesmo se A e B buscarem a concessão de autorização precária e liminar para o fechamento, o êxito da operação realizada no âmbito da recuperação judicial demandará celeridade extrema na análise, tanto em razão dos prazos específicos da LRF, como também pela necessidade de manter A em funcionamento de forma competitiva (no limite do possível), em prol do mercado e da dinâmica dos negócios.

Não obstante o exposto, cabe reiterar que a análise deverá ser casuística e realizada com cautela extrema, sob o risco de se violar preceitos e valores concorrenciais, além de potencial incentivo ao ilícito, qual seja, a adoção do pro-

50. Nesse sentido, ver nota de rodapé 51.

51. Escapa ao mérito deste artigo explorar a fundo o fator segurança jurídica da medida, entretanto, não se pode negligenciar que o art. 116 do RI-Cade, a depender de como interpretado, daria margem para incertezas ao dispor que o Tribunal, a qualquer momento, poderá rever a autorização. A leitura do dispositivo deveria vir acoplada ao art. 117 do mesmo RI-Cade para fins de consistência. A respeito do art. 117, as partes devem estar cientes de que, uma vez descumprida quaisquer das obrigações estipuladas na decisão de autorização precária e liminar, a consequência será, dentre outras, o retorno ao *status quo ante* em face da revogação da medida.

cesso de recuperação judicial como forma de burlar restrições às concentrações econômicas.⁵²

Por derradeiro e repisando racional basilar, todo e qualquer ato de concentração econômica pretendido no âmbito de processo de recuperação judicial, mesmo que homologado por decisão judicial (art. 58 da LRF), terá sua implementação e efetivação condicionada à aprovação pelo Cade no procedimento e nos termos da Lei 12.529/2011.⁵³

4. CONCLUSÕES

Buscou-se no presente trabalho abordar, em resumo e de forma objetiva, a análise prévia dos atos de concentração no âmbito do processo de recuperação judicial. Enfrentou-se a problemática da harmonização do sistema de análise prévia dos atos de concentração adotado pelo SBDC, a partir da entrada em vigor da Lei 12.529/2011, com a dinâmica do processo de recuperação judicial, previsto na Lei 11.101/2005. A questão, atual e complexa, demanda a harmonização de prazos e procedimentos judiciais e administrativos para que se atinjam os objetivos da recuperação judicial e se preservem os valores concorrenciais.

A fim de tornar o artigo dinâmico e prático, além de se abordar caso concreto, que adentrou referencialmente no assunto, também se buscou delinear um caso hipotético, visando capturar argumentos a serem explorados quando da análise de atos de concentração em processo de recuperação judicial pelo Cade. Para tanto, jogou-se luz para a autorização precária e liminar, mecanismo ainda pouco usual na praxis antitruste, mas de importância ímpar nessas circunstâncias.

Ante o exposto e em virtude das vicissitudes do mercado brasileiro, que se acentuaram nos últimos anos e acarretaram aumento do número de processos de recuperação judicial, a discussão em torno da operacionalidade do instituto da autorização precária e liminar fez-se imperativa. Notadamente, o tema é de suma importância para salvaguardar empresas em situação de grave crise, aliada a relativa marginalidade desse instituto, cuja aplicação merece ser incentivada, sob o risco de se tornar um dispositivo inócuo, por vezes olvidado, prejudicando a dinamicidade exigida no mercado.

Portanto, ao descortinar o tema, o presente artigo inferiu que o instituto da autorização precária a liminar seria operacional e pertinente na hipótese analisada, e, dessa maneira, procurou fomentar sua aplicação diante de casos envolvendo recuperação judicial na iminência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis,

52. A respeito ver MIRANDA, Gabriel Mattioli de; ROCHA, Camila Pires da. Implicações do regime de falências no direito concorrencial. *RIBRAC* 25/139, São Paulo: Ed. RT, 2014.

53. Ver parecer ProCade no AC 08700.008187/2012-56.

com o propósito de manter o equilibrado funcionamento da ordem econômica e preservar a higidez da empresa em crise.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- APPENDINO, Fábio Diniz. Os meios de recuperação judicial: (i) cisão, incorporação, fusão e transformação de sociedades; e (ii) alienação de participações societárias detidas pelo devedor (artigo 50, II, da Lei Falimentar). In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coords.). *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. 7. ed. vol. VIII. Posta em dia por Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.
- CORDOVIL, Leonor. Gun jumping or cartel: is Brazil prepared for this analysis? Fox, Eleanor M.; SOKOL, D. Daniel (eds.). *Competition law and policy in Latin America*. Oxford: Hart, Publishing, 2009.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GUERRA, Glauco Martins; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro. Intervenção do Estado no domínio econômico e recuperação judicial – Uma análise pontual do inciso II, do artigo 50 da Lei Federal 11.101/2005 e do artigo 54 da Lei Federal 8.884/1994. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; ARAGÃO, Leandro Santos de (coords.). *Direito societário e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- HIGGINS, Claudia R.; COPELAND, David. *Premerger planning and coordination – How to avoid “gun jumping” under U.S. Antitrust Law*. ICLG Merger Control, 2008. Disponível em: [www.kayescholar.com/news/publications/2007054/_res/id=sa_File1/MC]. Acesso em: 21.08.2014.
- MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Ed. Singular, 2012.
- MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Gun Jumping, Controle Prévio de Estruturas e o Cade. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. vol. 22, p. 57-80, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARZAGÃO, Lúcia Valério. A recuperação judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). *Comentários à nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MEDINA, José Miguel Garcia; HÜBLER, Samuel. Juízo de admissibilidade da ação de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. vol. 63, p. 131, São Paulo: Ed. RT, 2014.

- MIRANDA, Gabriel Mattioli de; ROCHA, Camila Pires da. Implicações do regime de falências no direito concorrencial. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. vol. 25, p. 139, São Paulo: Ed. RT, 2014.
- MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. *O novo sistema de análise prévia dos atos de concentração e a questão do gun-jumping: traçando parâmetros para as empresas*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio de Janeiro (Orientador: Prof. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo). Rio de Janeiro, nov.-2012.
- MOREIRA, Alberto Camiña. Poderes da assembleia de credores, do juiz e atividade do Ministério Público. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. *Revista de Direito Bancário e do mercado de Capitais*, vol. 36, p. 184, São Paulo: Ed. RT, 2007.
- NEGRÃO, Ricardo. *A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PERIN JR., Ecio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*. 3. ed. São Paulo: Método, 2006.
- RIBEIRO, Camilla Schrappe. Impacto da análise prévia dos atos de concentração nas operações societárias. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 23, p. 37-58, São Paulo: Ed. RT, 2013.
- SALLES, Luiz Eduardo. Bomba-relógio ou marca-passo? O prazo de análise de concentrações na nova lei de concorrência. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 21, p. 111-140, São Paulo: Ed. RT, 2012.
- SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. Gun-jumping e atos até o fechamento de operações: a proteção do investimento no contexto da análise prévia de atos de concentração. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 24, p. 11-29, São Paulo: Ed. RT, 2013.

Sítios eletrônicos:

- Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Disponível em: [www.cade.gov.br].
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Subchefia para assuntos jurídicos*. Legislação. Disponível em: [www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao].
- Serasa Experian. Disponível em: [www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm].

Jurisprudência Cade: Atos de Concentração

- AC 08700.008080/2014-70 (Requerentes: Cooperativa Agropecuária Vale do Rio Doce Ltda. e LBR Lácteos Brasil S.A.).

- AC 08700.008081/2014-14 (Requerentes: Colorado Imóveis e Participações Ltda. e LBR Lácteos Brasil S.A.).
- AC 08700.008082/2014-69 (Requerentes: Laticínios Bela Vista Ltda. e LBR Lácteos Brasil S.A.).
- AC 08700.007436/2014-58 (Requerentes: Lactalis do Brasil – Comércio, Importação e Exportação de Laticínios Ltda. e LBR Lácteos Brasil S.A.).
- AC 08700.002285/2014-41 (Requerentes: Fiat S.p.A. e Chrysler Group LLC.).
- AC 08700.005775/2013-19 e parecer ProCADE 182/2013 (Requerentes: OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras).
- AC 08700.008289/2013-52 (Requerentes: Aurizônia Petróleo S.A. e UTC Óleo e Gás S.A.).
- AC 08700.008292/2013-76 (Requerentes: Potióleo S.A. e UTC Óleo e Gás S.A.).
- AC 08700.007899/2013-39 (Requerentes: Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras e Total E&P do Brasil Ltda.).
- AC 08700.008605/2013-86 (Requerentes: Energisa S.A. e Rede Energia S.A.).
- AC 08700.008187/2012-56 e parecer ProCADE n.º 11/2013 (Requerentes: Camil Alimentos S.A. e Carreteiro Alimentos S.A.).
- AC 08700.008212/2012-00 (Requerentes: Equatorial Energia S.A. e Centrais Elétricas do Pará S.A.).
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- *Gun jumping*, controle prévio de estruturas e o Cade, de Amanda Athayde Linhares Martins – RIBRAC 22/57 (DTR\2012\451382);
- Implicações do regime de falências no direito concorrencial, de Gabriel Mattioli de Miranda e Camila Pires da Rocha – RIBRAC 25/139 (DTR\2014\9443); e
- 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, de Fernando Antônio Alves de Oliveira Jr. – RIBRAC 19/137 (DTR\2011\1836).

INTERLIGAÇÃO DECISÓRIA E O CONTROLE DAS ESTRUTURAS NO DIREITO BRASILEIRO

THIAGO NASCIMENTO DOS REIS

Estudante do 5.º ano da FDUSP. Estágio acadêmico por um ano entre 2011 e 2012 com a Prof. Mariana Pargendler na Direito GV em direito societário e contratual.

ÁREA DO DIREITO: Societário; Administrativo; Comercial/Empresarial

RESUMO: Este artigo analisa as interfaces possíveis entre a interligação decisória e o controle das estruturas no direito concorrencial brasileiro, com uma sistematização e revisão jurisprudencial inédita sobre o tema. O resultado da pesquisa foi a identificação das seguintes interfaces: i) interligação decisória e notificação prévia de atos de concentração; ii) obrigação de informar interligações decisórias preexistentes à operação; iii) impactos das interligações decisórias preexistentes na análise de atos de concentração; e iv) vedação à interligação decisória como remédio. Ainda, o artigo elabora um conceito de interligação decisória que abarca as diversas formas de conexão das esferas decisórias dos agentes econômicos.

PALAVRAS-CHAVE: Interligação decisória – Compartilhamento de executivos – Interligação administrativa – Controle de estruturas – Direito concorrencial.

ABSTRACT: This Article evaluates the intersections between interlocking directorates and the merger review in Brazilian antitrust law, developing an innovative analytical framework and reviewing case law on the subject. The research identified the following intersections: i) interlocking directorates and mandatory filing obligation; ii) Duty to inform interlocking directorates preexistent to the transaction; iii) impacts of preexistent interlocking directorates in merger reviews; and iv) severance or prohibition of interlocking directorates as remedies. The Article also proposes a definition of interlocking directorates that comprises all forms of connections between executive bodies of economic agents

KEYWORDS: Interlocking directorates – Executive overlapping – Board interlocking – Merger review – Antitrust.

SUMÁRIO: Introdução – I. Interligação decisória e a notificação prévia obrigatória – II. Obrigação de informar interligações decisórias preexistentes – III. Impacto da interligação decisória preexistente na análise de concentrações – IV. Vedação à interligação decisória como remédio – V. Conclusão – VI. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

2014¹ é o ano em que o Clayton Act, um dos diplomas centrais do direito antitruste norte-americano, completa seu centenário. Dentre as inovações dessa lei está

1. Prêmio IBRAC TIM 2014 – Categoria: Graduação.

a Seção 8, que vedou de maneira pioneira no mundo os *interlocking directorates*.² Esta norma consistiu em uma resposta legislativa às preocupações concorrenciais levantadas por investigações congressuais que revelaram a extensão da interligação entre os setores bancário, ferroviário e industrial do país por meio de compartilhamentos de executivos.³ O grande crítico desse fenômeno foi Louis Brandeis a quem são atribuídas as seguintes frases:

“A prática dos *interlocking directorates* é a raiz de muitos males. Ela ofende as leis humanas e divinas. Aplicada a empresas rivais, tende à supressão da concorrência, e à violação do Sherman Act. Aplicada a empresas que negociam entre si, tende à desonestidade e à violação da lei fundamental de que nenhum homem pode servir a dois mestres. Em ambos os casos, tende à ineficiência, pois nega o postulado: ‘justa concorrência e sem favores (...)’.”⁴

A vedação, que possui natureza *per se*, foi revigorada por uma reforma em 1990⁵ e atualmente proíbe diretores e conselheiros de acumularem cargos em concorrentes, exceto em três situações *de minimis*. O objetivo da norma, em resumo, é “cortar pela raiz violações incipientes das leis concorrenciais, por meio da remoção da oportunidade ou da tentação de tais violações por meio de *interlocking directorates*”.⁶ Apesar dos desafios de *enforcement* que a norma enfrenta,⁷ a jurisprudência norte-americana vem progressivamente refinando a extensão da

2. A expressão *interlocking directorates* varia em seu significado, sendo utilizada em alguns casos para designar apenas o compartilhamento de executivos e em outros como termo abrangente de diversas espécies de coligação de esferas decisórias de agentes econômicos. Neste artigo, a expressão será utilizada nesse segundo sentido, por ser mais adequada à análise concorrencial, e será traduzida como interligação decisória. Outros termos encontrados na literatura e jurisprudência, nem sempre com significado coincidente com o pretendido aqui são interligação administrativa, gestão compartilhada, diretorias cruzadas, *interlocking directorships* e *board interlocking*.

3. ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Interlocking directorates under Section 8 of the Clayton Act*. Monografia n. 10. American Bar Association, 1984. p. 3.

4. BRANDEIS, Louis D. *Other people's money and how the bankers use it*. Nova Iorque: Frederick A. Stokes Company, 1914. p. 51.

5. Conferir as discussões congressuais que antecederam a aprovação da reforma da Seção 8 do Clayton Act em HOUSE OF REPRESENTATIVES. *Increasing Sherman Act criminal penalties and amending Clayton Act interlocking directorates*. Hearing of June 15, 1989. U.S. Government Printing Office: Washington, 1990.

6. *United States v. Sears, Roebuck & Co.*, 111 F. Supp. 614, 616 (S.D.N.Y. 1953).

7. Uma análise crítica recente e propostas de aprimoramento da norma podem ser encontradas em GERBER, Benjamin M. Enabling interlock benefits while preventing anticompetitive harm: toward an optimal definition of competitors under Section 8 of the Clayton Act. *Yale Journal on Regulation*, vol. 24, n. 1, 2007. p. 107-138.

proibição da Seção 8 do Clayton Act, sendo um exemplo da sua atualidade a atuação da FTC contra os compartilhamentos de executivos entre Google e Apple.⁸

Diferentemente, o Brasil, assim como a União Europeia, não contempla uma regra semelhante, ao menos não uma efetivamente aplicada. O Dec.-lei 869/1938 criminalizou em seu art. 2.º – incorporado à Lei 1.521/1951 – o exercício de “funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio”, não havendo, contudo, registro de investigações. Sob a ótica societária, o art. 147, § 3.º, da Lei das S.A.,⁹ estabelece impedimento para eleição ao conselho de administração de indivíduo que ocupe cargos executivos em concorrente, exceto se autorizado pela assembleia geral, exceção que evidencia o foco da restrição nos interesses dos acionistas e não na defesa da concorrência.¹⁰

A inexistência de uma vedação profilática expressa ao compartilhamento de executivos no direito brasileiro não significa que esse fenômeno, ou outras formas

-
8. Para uma análise dos casos de compartilhamento de executivos envolvendo Google e Apple, ver GARON, Jon M. Searching inside Google: cases, controversies and the future of the world's most provocative company. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, vol. 30, n. 3, 2010. p. 429-475, p. 439-444. Outro caso recente envolvendo a Seção 8 do Clayton Act referiu-se à ação proposta pelo DOJ contra o eBay por um acordo de não concorrência por empregados (*non-solicitation agreements*) com a Intuit. *United States v. eBay Inc.*, Case n. 5:12-CV-05869-EJD (US District Court, N.D. California, Sept. 27, 2013).
 9. Destaque-se que o projeto de lei que culminou na edição da Lei 10.303/2001, norma que inseriu o § 3.º no art. 147, também objetivou incluir no art. 141 a seguinte previsão: “§ 9.º A nomeação de membro do conselho de administração ficará prejudicada sempre que o Cade considerar que a referida nomeação envolve riscos para a livre concorrência”. Não obstante, a regra foi vetada pelo Presidente da República, sustentando que ela traria insegurança à eleição de conselheiros e que o Cade já dispunha dos poderes para reprimir eventuais abusos.
 10. MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. Aquisição de participações minoritárias em concorrentes e *interlocking directorates*: aspectos concorrenciais. In MARTINEZ, Ana Paula (org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Levy & Salomão Advogados e Singular, 2012. p. 137-141. Reforçando essa constatação de que o foco da regra é a proteção dos interesses dos acionistas, a declaração de voto do Presidente Marcelo Fernandez Trindade no Processo administrativo CVM RJ 2007/0191 (interessados: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ e Sadia S.A), sustentou que a necessidade de dispensa da assembleia somente ocorrerá, na prática, “nos casos em que a eleição de conselheiro não se dá pela maioria da assembleia, mas sim por acionistas isolados (...), por acionistas não controladores em votação em separado (...) ou pelos empregados”, já que se a eleição for feita pelos controladores, estará implícita a dispensa. Para uma análise detalhada do art. 147, § 3.º, e da Instrução CVM 367/2002, que estendeu a norma aos diretores e regulamentou a declaração de desimpedimento, ver FALCÃO, Diego Billi. *Interlocking board: aspectos societários da interligação administrativa no direito brasileiro*. Dissertação (mestrado em direito comercial). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2013.

de interligação decisória, sistematizadas abaixo, não se vinculem ao controle de condutas. Além da possibilidade de se considerar tais vínculos estruturais como ilícitos em si,¹¹ que não pode ser de todo descartada, a conexão entre as esferas decisórias de agentes econômicos concorrencialmente relacionados facilita a prática de condutas anticoncorrenciais.¹²

Não obstante, a jurisprudência do Cade tem analisado essa prática mais detidamente no controle estrutural, tendência também constatada em outras jurisdições.¹³ Em razão disso, da crescente importância em se precisar os efeitos dos vínculos estruturais na análise de atos de concentração e da escassez de estudos sobre o tema,¹⁴ este artigo focar-se-á na identificação e análise das diferentes formas pelas quais as interligações decisórias relacionam-se com o controle estrutural no direito concorrencial brasileiro. Antes, contudo, faz-se necessário expor e justificar o conceito do objeto aqui tratado e compreender seus impactos concorrenciais.

11. Recentemente, o executivo Abílio dos Santos Diniz submeteu ao Cade uma consulta acerca das possíveis implicações concorrenciais decorrentes da sua presença simultânea na presidência dos conselhos de administração da Companhia Brasileira de Distribuição e da Brasil Foods S.A., já que esta é um dos maiores fornecedores daquela. O Cade não teve, todavia, a oportunidade de analisar o caso pela perda de objeto decorrente da renúncia de Abílio Diniz ao cargo na Companhia Brasileira de Distribuição, tendo sido ressalvado pela Cons. Ana Frazão que a decisão não alcançava eventuais condutas anticoncorrenciais praticadas no período de sobreposição. Consulta 08700.003340/2013-30. Consultante: Abílio dos Santos Diniz. Conselheira-Relatora Ana Frazão. Arquivada em 23.10.2013, por meio da homologação pelo Tribunal do Despacho AF 15/2013.
12. "Interligações decisórias cumpriram um importante papel na estabilização de muitos cartéis bem-sucedidos. (...) Importantes exemplos históricos incluem a American Tin Plate Company, a National Steel Company, e a American Steel Hoop Company, com seu significativo compartilhamento de acionistas majoritários e conselheiros. Talvez o exemplo norte-americano mais famoso seja a participação acionária da DuPont na General Motors em um tempo em que as companhias compartilhavam membros de seus conselheiros de administração. Similarmente, o líder do cartel internacional de urânio, Rio Tinto Zinc (RTZ), controlava muitas das empresas de mineração do mundo por meio de uma extensa rede de interligações decisórias. O cartel do diamante continua a receber boa parte de sua estabilidade de uma complexa rede de interligações decisórias." LESLIE, Christopher R. Trust, distrust and antitrust. *Texas Law Review*, vol. 82, n. 3, fev.-2004. p. 515-680, p. 584.
13. OECD. *Antitrust issues involving minority shareholding and interlocking directorates*. DAF/COMP (2008) 30, 2306.2009, p. 12.
14. Além dos estudos citados na nota de rodapé 9, foram identificados apenas outros dois dedicados à temática, um sob a ótica do direito concorrencial e outro da administração de empresas, respectivamente: POLIDO, Fabrício Pasquol. Tratamento antitruste dos "interlocking directorates" na empresa: rumo aos critérios de valoração da defesa da concorrência. *RIBRAC* 12/13-40; e SILVA, Rafael Liza; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. *Board interlocking no Brasil: participação de conselheiros em múltiplas companhias e seu efeito sobre o valor das empresas*. *Revista Brasileira de Finanças* 5/125-163, n. 2, 2007.

A aderência do direito concorrencial à realidade econômica requer que a definição da interligação decisória não se restrinja aos casos de compartilhamento de executivos. Sustenta-se, para fins concorrenciais, que a interligação decisória refere-se às situações em que agentes econômicos concorrencialmente relacionados têm seus órgãos de gestão ou supervisão coligados em razão do acúmulo de cargos, coincidentes ou não, pela mesma pessoa – ou pessoas relacionadas – ou devido à representação unilateral ou recíproca nestes órgãos.¹⁵

Essa definição contempla as diversas espécies de interligação decisória.¹⁶ Em primeiro lugar está a interligação decisória direta, o clássico compartilhamento de executivos em que o mesmo indivíduo ocupa cargos em agentes concorrencialmente relacionados. Em segundo lugar, o termo “pessoas relacionadas” permite incluir as hipóteses de interligação decisória indireta, em que: (i) um indivíduo gere ou supervisiona a gestão de um agente econômico e seu cônjuge, companheiro ou parente próximo ocupa um cargo executivo em outro agente concorrencialmente relacionado àquele (interligação por vínculo familiar – *family interlock*); (ii) duas pessoas diferentes, vinculadas a uma terceira pessoa, ocupam cargos executivos em agentes atuantes no mesmo mercado relevante ou em mercados da mesma cadeia (interligação por representação comum – *deputization*);¹⁷ ou (iii) indivíduos vinculados a agentes concorrencialmente relacionados ocupam cargos ao mesmo tempo em um terceiro agente econômico (interligação por simultaneidade – *third company interlock*). Por fim, a menção à representação unilateral ou recíproca abrange as hipóteses em que agentes econômicos possuem representantes seus nos órgãos de concorrentes (interligação decisória simples).

15. Utilizou-se “agentes econômicos” e não “empresas” porque qualquer agente de mercado que possa praticar um ato restritivo da concorrência, ainda que sua atividade não tenha fins lucrativos, sujeita-se ao direito antitruste brasileiro. FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 140-142. Confira o art. 31 da Lei 12.529/2011, que replicou o art. 15 da Lei 8.884/1994. Além disso, apesar de os cargos que ensejarem o fenômeno serem, em regra, aqueles em conselhos de administração, conselhos fiscais e diretorias, não se deve excluir *a priori* a possibilidade de cargos executivos não estatutários ou formalmente não decisórios causarem a interligação por permitirem a conexão de fato das esferas administrativas dos agentes. Por fim, a definição utiliza a expressão “concorrencialmente relacionados” e não “concorrentes” para englobar também os casos de interligação decisória vertical.

16. Todas essas hipóteses de interligação abrangem também os cenários em que a concorrência ou relação vertical não se dá entre as entidades diretamente interligadas, mas entre as suas subsidiárias (*parent/subsidiary interlock*). Para uma análise da aplicabilidade da vedação da Seção 8 do Clayton Act a tais situações, ver PREMINGER, Robert Jay. *Deputization and parent-subsidiary interlocks under Section 8 of the Clayton Act*. *Washington University Law Quarterly*, vol. 59, n. 3, 1981. p. 943-975, p. 958.

17. *Reading International, Inc. v. Oaktree Capital Management LLC*, 317 F. Supp. 2d 301 (S.D.N.Y., 2003).

Os impactos concorrenciais das diversas espécies de interligação decisória – que justificam seu estudo sob a ótica do controle estrutural – variarão na intensidade e forma de manifestação. Genericamente, contudo, podem implicar efeitos unilaterais ou coordenados, com maior ênfase nos últimos, devido ao risco de troca de informações comercialmente sensíveis comum a todas as espécies. Estabelecendo uma hierarquia por gravidade dos riscos de cartelização,¹⁸ tem-se no topo, a depender da quantidade de interligações e da natureza dos cargos envolvidos, o compartilhamento de executivos, a interligação decisória indireta por representação comum e a representação recíproca em órgãos decisórios de concorrentes, já que permitem a troca de informações e a implementação e o monitoramento do cartel. Diferentemente, as interligações decisórias por vínculo familiar e por simultaneidade oferecem riscos não por conferir transparência e acesso à estrutura decisória de concorrentes, mas por aumentarem as oportunidades ou incentivos para a interação ilegal de seus representantes.

I. INTERLIGAÇÃO DECISÓRIA E A NOTIFICAÇÃO PRÉVIA OBRIGATÓRIA¹⁹

A Lei 12.529/2011 – seguindo o modelo de jurisdições mais experientes – introduziu no direito concorrencial brasileiro o controle prévio de atos de concentração. A Lei impõe, por um lado, a notificação obrigatória das operações especificadas no seu art. 90 envolvendo partes que atinjam os patamares de faturamento mínimo.²⁰

18. Apesar desse efeito facilitador da interligação decisória em relação a cartéis a jurisprudência do Cade não oferece tal aprofundamento, exceto pelo reflexo das análises concernentes a participações minoritárias em concorrentes. Exemplo claro da ausência de percepção da gravidade de tais fenômenos na facilitação de condutas colusivas, independentemente de decorrerem de participações minoritárias, está na recente decisão do cartel do cimento. Em seu voto-vista, o Cons. Márcio de Oliveira – após expandir o rol apresentado pelo Cons. rel. Alessandro Octaviani – enumerou treze condições estruturais de mercado que favorecem a coordenação entre empresas, dentre as quais não consta a interligação decisória, em qualquer de suas acepções ou formas possíveis. Processo administrativo 08012.011142/2006-79. Representados: Camargo Corrêa Cimentos S/A, Cimpor Cimentos do Brasil Ltda., Companhia de Cimento Itambé, Empresa de Cimentos Liz S.A., Holcim do Brasil S.A., Itabira Agro Industrial S/A, Lafarge Brasil S.A., Votorantim Cimentos S.A. e outros. Cons. rel. Alessandro Octaviani. Voto-vista do Cons. Márcio Oliveira, §§ 66-68.

19. Analisa-se aqui a possibilidade de a interligação decisória configurar um ato de concentração. Outra interface desse fenômeno com a etapa de notificação refere-se à possibilidade de interligações decisórias expandirem o grupo econômico para fins de faturamento, análise que não será efetuada neste artigo pela limitação de espaço.

20. Como sanção para a consumação prematura de operações (*gun jumping*), o art. 88, § 3.º, da Lei 12.529/2011 estabelece a nulidade dos atos e a imposição de multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 nem superior a R\$ 60.000.000,00. Desde a promulgação da

Por outro, o § 7.º do art. 88 confere ao Cade a faculdade residual de requerer a submissão de atos de concentração isentos de notificação obrigatória até um ano após a sua consumação.

A leitura dos incisos do art. 90 da Lei 12.529/2011, que especifica as operações que constituem atos de concentração para fins de notificação prévia, revela que a interligação decisória não foi contemplada de maneira expressa, impondo ao intérprete a análise da possibilidade de subsunção de tal hipótese aos seus incisos.

Enquanto os incs. I e III preveem operações societárias específicas, respectivamente, a fusão e a incorporação, o inc. II refere-se à aquisição do controle ou partes de uma ou outras empresas, *“por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por qualquer via contratual ou por qualquer outra forma”*. Sendo este inciso claramente inspirado no art. 3.º, I, b, do Regulamento do Conselho Europeu 139/2004 relativo ao controle concentrações,²¹ valemo-nos da interpretação conferida a esse dispositivo, a qual esclarece ser obrigatória a notificação de alterações de controle duradouras, pouco importando a forma como o controle passa a ser exercido.²² Conceituando controle para fins concorrenciais como a possibilidade de exercício de influência decisiva no agente econômico, não se pode excluir a possibilidade de alteração de controle em decorrência da formação de uma extensa rede de interligações decisórias, a qual, contudo, deverá ser dotada de estabilidade.²³

Caso as interligações decisórias não sejam aptas a provocar uma alteração de controle, surge o questionamento acerca da obrigatoriedade de notificá-las em decorrência da influência relevante que podem conferir. A resposta aqui está na jurisprudência recente do Cade que sustenta que o exame de influência relevante

nova lei concorrencial, o Tribunal do Cade apreciou o dispositivo em cinco oportunidades, tendo havido a celebração de ACC com contribuição pecuniária em quatro delas.

21. “Definição de concentração: realiza-se uma operação de concentração quando uma mudança de controlo duradoura resulta da aquisição por uma ou mais pessoas, que já detêm o controlo ou pelo menos uma empresa, ou por uma ou mais empresas por compras de partes de capital ou de elementos do ativo, por via contratual ou por qualquer outro meio, do controlo direto ou indireto do conjunto ou de partes de uma ou de várias empresas.” Regulamento (CE) 139/2004 do Conselho de 20.01.2004. Publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 29.01.2004, p. L 24/7.
22. Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) 139/2004 do Conselho. Publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 16.04.2008, p. C 95/7.
23. Diferentemente, portanto, do direito concorrencial alemão que estabelece que ocorre uma concentração em caso de haver identidade de pelo menos metade dos membros do “Conselho de Supervisão”, da Diretoria ou de qualquer outro órgão de gerência da sociedade, sem requisitos adicionais de estabilidade. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 286.

não é cabível na avaliação da obrigatoriedade de notificação de operações.²⁴ Isso porque as situações não previstas nas regras objetivas da Res. Cade 02/2012, como as interligações decisórias, não são de notificação obrigatória. Esse entendimento é corroborado pelo objetivo da reforma da lei antitruste de conferir segurança jurídica, conforme o voto-vista do Conselheiro Vinícius Carvalho, hoje Presidente, no julgamento dos contratos de licenciamento da Monsanto:

“(...) [a] Lei 12.529/2011 procurou endereçar parte das dificuldades do sistema anterior e detalhou, de forma mais objetiva pormenorizada e objetiva, o que pode ser considerado ato de concentração no sistema brasileiro. Nesse sentido, eliminou a menção expressa à existência de possíveis impactos concorrenciais como elemento da definição de ato de concentração, e, no intuito de oferecer parâmetros mais seguros para a definição dos casos sujeitos à autorização prévia do Cade para produzirem efeitos, explicitou de as [sic] hipóteses em que se realiza um ato de concentração: (...).”²⁵

Em contraste à clareza dos demais incisos do art. 90 da Lei 12.529/2011, o inc. IV requer que sejam notificados contratos associativos em sentido lato, dos quais consórcios e *joint ventures* são espécies. O Cade teve a oportunidade de debruçar-se sobre o conceito de contrato associativo no conjunto de notificações relacionadas ao licenciamento não exclusivo de biotecnologia feito pela Monsanto à Syngenta, Nidera, Coodetec e Don Mario.²⁶ Se consórcios e *joint ventures* apresentam menores desafios ao intérprete – já que os primeiros vêm previstos na Lei 6.404/1976 e as segundas, apesar de atípicas, têm configuração relativamente pacificada, requerendo assunção comum de riscos e organização própria ou ao menos interdependência

24. Nesse sentido, a ProCade estabeleceu que aquisições de participações minoritárias inferiores às regras de *minimis* do art. 10 da Res. 2/2012 não são de notificação obrigatória independentemente da discussão sobre influência relevante. Ato de Concentração 08700.007119/2012-70. Requerentes: BNDES Participações S.A. e Prática Participações S.A. Parecer da SG pelo não conhecimento da operação em 28.09.2012. A operação referiu-se à aquisição de 10% do capital social da PraticaPar pelo BNDESPar. Um parecer subsequente da SG posicionou-se no mesmo sentido, reportando-se à primeira operação: Ato de Concentração 08700.001423/2014-75. Requerentes: Freelance I, LLC., Freelance II, LLC. e Serviços e Tecnologia de Pagamento S.A. Parecer da SG pelo não conhecimento da operação em 26.02.2014. A operação referiu-se à aquisição e 11,41% do capital social da STP pelas duas primeiras requerentes.

25. Op. cit., voto-vista do Conselheiro Vinícius Carvalho, § 10. Destaque-se que esse não é foi o entendimento da Conselheira Frazão no mesmo julgamento, tendo ela afirmado que a análise das hipóteses de atos de concentração deveria ir além do art. 90, que seria meramente exemplificativo.

26. Respectivamente, Atos de Concentração 08012.002870/2012-38, 08012.006706/2012-08, 08012.003898/2012-34 e 08012.003937/2012-01, todos conhecidos e aprovados com restrições em 28.08.2013.

organizativa entre os participantes –, a categoria dos contratos associativos *lato sensu* apresenta-se como o grande resquício da indefinição do art. 54, § 3.º, da Lei 8.884/1994 que o art. 90 da atual lei veio combater. Na tentativa de esclarecer o que seriam contratos associativos, a Conselheira Ana Frazão os aproxima da noção de contrato plurilateral definida por Tullio Ascarelli, oposto ao contrato comutativo e marcado pela existência de um elemento organizativo destinado à consecução de um fim comum.²⁷

Diante da constatação de que as interligações decisórias que não impliquem alteração de controle não são notificáveis pelo inc. II do art. 90, questiona-se a sua subsunção a esse inciso referente aos contratos associativos. Apesar de tais estruturas não se assemelharem, em regra, ao contrato plurilateral de Ascarelli, a cautela aconselha que um contrato objetivando a formação de interligações decisórias seja notificado, em especial se for de longa duração. A razão disso está na ausência de parâmetros sólidos sobre quais contratos associativos são de notificação obrigatória²⁸ e no grau de conexão das esferas decisórias dos agentes que a interligação é ca-

27. Idem, voto-vista da Conselheira Frazão, §§ 43-72. A decisão final do Conselho foi pelo conhecimento das operações, conforme o voto-vista do Conselheiro Pontual que destacou que os contratos de licenciamento analisados, apesar de não envolverem exclusividade, continham disposições que permitiam controle da Monsanto sobre as licenciadas em decisões comerciais relacionadas à semente com tecnologia da Monsanto. Destaque-se que não obstante as operações tenham sido notificadas sob a Lei 8.884/1994, as discussões travadas referiram-se expressamente ao conceito de contrato associativo previsto no art. 90 da Lei 12.529/2011. Em um caso subsequente de transferência de tecnologia, notificado sob a Lei 12.529/2011, a Superintendência-Geral opinou pelo não conhecimento de “*contratos de licenciamento não exclusivo de uso de tecnologia, desde que não carreguem consigo acordos de não concorrência, transferência de ativos, organização comum ou vínculos societários de qualquer natureza, ou qualquer medida que impliquem em alteração dos centros decisórios ou restrição concorrencial*”. O Tribunal do Cade, contudo, avocou a operação e decidiu pelo conhecimento da operação, nos moldes dos votos do relator, que reportou-se ao julgamento dos 4 casos acima mencionados. Vide, Ato de Concentração 08700.004957/2013-72. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Bayer S.A. Conselheiro rel. Alessandro Octaviani. Aprovação sem restrições em 22.01.2014, §§ 8-9.

28. Encontra-se sob análise uma proposta de resolução sobre definição de contratos associativos para fins de aplicação do art. 90, IV, da Lei 12.529/2011, a qual foi disponibilizada para consulta pública no primeiro semestre de 2013. De acordo com tal proposta, seriam associativos quaisquer contratos celebrados: “*I – entre concorrentes; ou II – entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos um deles detenha vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições: a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes; b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.*” O Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (Ibrac) sugeriu a alteração da redação para: (i) incluir um patamar de 20% de participação de mercado no inc. I; (ii) aumentar o patamar do inc. II para 30%; (iii)

paz de ensinar. Essa conclusão aplica-se tanto aos contratos que gerem o compartilhamento de executivos – v.g., controladores de duas sociedades pactuam elegerem administradores comuns a elas –, como aos que confirmam o direito aos seus titulares de representação em órgãos de gestão ou supervisão da contraparte.²⁹

II. OBRIGAÇÃO DE INFORMAR INTERLIGAÇÕES DECISÓRIAS PREEXISTENTES

O item II.12 dos Anexos I e II da Res. Cade 02/2012 requer que seja fornecida uma lista dos casos de compartilhamento de executivos horizontais que possam afetar a análise da operação.³⁰ Devem ser relatados os compartilhamentos entre, de um lado, (i) as partes diretamente envolvidas na operação, (ii) demais integrantes dos seus grupos econômicos (item II.6 dos formulários) e (iii) aquelas horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes dos grupos detenha participação igual ou superior a 10% no capital social ou votante (item II.11 dos formulários), e, de outro, empresas atuantes nas mesmas atividades econômicas, conforme CNAE 2.0 a 7 dígitos.

Destacam-se alguns aspectos da regra do item II.12.

Primeiramente, a exegese do dispositivo requer dois esclarecimentos. Deverão ser informados mesmo os compartilhamentos de executivos entre duas empresas contempladas pelos itens II.6 e II.11 e o termo “mesmas atividades econômicas” deve ser interpretado amplamente, de modo a se obter um cenário completo da atuação dos grupos econômicos.

excluir expressamente espécies de contratos que dificilmente apresentam preocupações concorrenciais; (iv) excluir a previsão de exclusividade “de fato” do inc. II em razão das incertezas que a expressão gera; e (v) restringir a obrigação de notificação aos contratos celebrados com a finalidade de cooperação, em caráter duradouro, visando à produção de bens ou oferta de serviços mediante o compartilhamento de ativos, lucros e/ou prejuízos. Na mesma linha, a American Bar Association (ABA) apresentou preocupação com a amplitude da definição proposta pelo Cade, tendo sugerido que a autoridade restrinja a obrigatoriedade de notificação aos casos em que haja alteração duradoura de propriedade/união duradoura de ativos ou, alternativamente, que postergue a adoção de uma definição de “contratos associativos” até que haja um acúmulo de experiência sobre o tema.

29. Ao enumerar as hipóteses de origem contratual aptas a configurar uma concentração para fins concorrenciais, Salomão Filho indica, como uma delas, o grupo de contratos “que confere ao seu titular diretamente a possibilidade de eleger membros da administração”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 285.
30. A disposição assemelha-se ao item III.4 do Anexo I da Res. Cade 15/1998, conforme identificado por MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. Aquisição de participações minoritárias em concorrentes e *interlocking directorates*: aspectos concorrenciais. In MARTINEZ, Ana Paula (org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Levy & Salomão Advogados e Singular, 2012. p. 135-136.

Em segundo lugar, a aderência à realidade necessária ao direito concorrencial reflete-se na obrigação de informar interligações envolvendo quaisquer órgãos de gestão ou supervisão das empresas, podendo abranger órgãos decisórios outros que não a diretoria, o conselho de administração e o conselho fiscal.

Em terceiro lugar, algumas situações assemelhadas à clássica situação de compartilhamento de executivos horizontal são ignoradas pelo item II.12. A regra não contempla: (i) o compartilhamento de executivos vertical; (ii) as interligações decisórias indiretas (por vínculo familiar, representação comum ou presença simultânea em terceiro); nem (iii) as situações de interligação decisória simples, em que um agente tem representantes seus em outro agente a ele concorrencialmente relacionado.³¹

Eventual argumento de que a obrigação de informar participações minoritárias tornaria supérflua a obrigação de informar as espécies de interligação decisória indicadas em (i) e (iii) acima não procede. Por um lado, em muitos casos, as interligações não se vinculam a participações minoritárias e, por outro, mesmo quando tal vinculação existe, a constatação de interligações decisórias reforça possíveis preocupações concorrenciais. Ademais, caso se acatasse tal argumento, a própria regra do item II.12 seria de todo supérflua.

Em quarto e último lugar, o item II.12 peca ao referir-se exclusivamente ao acúmulo de cargos em empresas, inexistindo uma justificativa plausível para tanto. Tal previsão ignora por completo que agentes econômicos não empresariais, como cooperativas e associações, também sujeitam-se à disciplina antitruste.

31. Destaca-se ainda o fato de que a obrigação de informar os compartilhamentos envolvendo empresas horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação em que algum dos integrantes dos grupos das partes detenha participação igual ou superior a 10% do capital social ou votante, fruto da remissão ao item II.11, negligencia o fato de que mesmo acionistas detentores de 5% do capital social de uma sociedade anônima têm acesso a informações comercialmente sensíveis. Assim, a sobreposição de cargos por um executivo em uma empresa em que um integrante dos grupos econômicos detenha participação de 5-10% e em sua concorrente não precisará ser informada à SG. Isso, não obstante (i) o integrante do grupo econômico ter acesso a informações comercialmente sensíveis da empresa investida e (ii) o executivo da empresa investida poder ser um veículo de uniformização de práticas e de troca de informações entre ela e sua concorrente. Ao que se vê, a lacuna aqui reside inicialmente no item II.11, que ignora as constatações do Cade acerca dos riscos concorrenciais que uma participação de meros 5% no capital social ou votante pode implicar. Vide, Ato de Concentração 08012.009198/2011-21. Requerente: Companhia Siderúrgica Nacional. Conselheiro rel. Eduardo Pontual Ribeiro. Aprovação condicionada à celebração e ao cumprimento de TCD em 09.04.2014, § 42. Neste caso, o Tribunal multou a CSN em R\$ 671.592,67 por intempestividade na notificação da aquisição de participação minoritária na sua principal concorrente, Usiminas, estabelecendo que “a CSN tinha o dever de realizar a notificação, quando passa, na legislação societária a deter condições de participar ativamente na empresa através da propriedade de 5% ou mais do capital votante ou social da empresa”.

Destaca-se, por fim, as sanções aplicáveis ao descumprimento da obrigação de informar compartilhamentos de executivos horizontais. As normas relevantes aqui são os arts. 43, 62 e 91, parágrafo único, da Lei 12.529/2011, cuja leitura conjugada leva à conclusão de que a prestação enganosa ou falsa de informações: (i) constitui infração punível com multa de R\$ 5.000,00 a R\$ 5.000.000,00; (ii) pode implicar a rejeição do pedido de aprovação da operação por falta de provas; e (iii) pode ensejar a revisão da operação aprovada com base nelas, hipótese em que a multa variará de R\$ 60.000,00 a R\$ 6.000.000,00. O art. 45 prevê os parâmetros para quantificação da multa.

A possibilidade de responsabilização por enganosidade ou falsidade de informações relacionadas à interligação decisória é confirmada pelo Auto de Infração 08700.005450/2013-36, em que o Cade impôs uma multa de R\$ 1.000.000,00 às requerentes de uma operação no setor educacional por sua omissão em informá-lo sobre os cargos detidos pela Sra. Ângela Rodrigues em concorrentes. Conforme destacado, *“a informação foi falseada com o intuito de desconectar duas concorrentes que estavam sob a mesma ordem estratégica. Tal informação poderia induzir as autoridades a uma decisão equivocada ao desconsiderar elemento crucial para a análise antitruste de formação de estrutura”*.³²

A postura do Tribunal diante da prestação de informações enganosas ou falsas tem sido bastante firme, com imposição de multas substanciais,³³ o que requer atenção acentuada das partes e de seus procuradores na notificação de operações e respostas a ofícios.

32. Auto de Infração 08700.005450/2013-36. Autuadas: Anhanguera Educacional Ltda., Novatec – Serviços Educacionais Ltda. e IGABC – Instituto Grande ABC de Educação e Ensino S/C Ltda. Cons. rel. Eduardo Pontual. Impugnação parcialmente procedente decidida em 04.12.2013.

33. Desde a edição da Lei 12.529/2011, foram lavrados 7 autos de infração por enganosidade ou falsidade na prestação de informações na análise de atos de concentração: (i) Auto de Infração 08700.010047/2012-48. Autuadas: Azul S.A. e Trip Linhas Aéreas S.A. Multa de R\$ 3.500.000,00 imposta em 5.6.13; (ii) Auto de Infração 08700.004188/2013-02. Autuadas: Cruzeiro do Sul Educacional S.A. e Acef S.A. Multa de R\$ 200.000,00 imposta em 5.6.2013; (iii) Auto de Infração 08700.003617/2013-24. Autuadas: ICE Inversiones Brazil S.L. e ISCP – Sociedade Educacional S.A. Multa de R\$ 2.000.000,00 em 19.06.2013; (iv) Auto de Infração 08700.007907/2013-47. Autuadas: BR Malls Participações S.A. e Brookfield Brasil Shopping Centers Ltda. Multa de R\$ 4.000.000,00 imposta em 23.10.2013; (v) Auto de Infração 08700.005450/2013-36. Autuadas: Anhanguera Educacional Ltda., Novatec – Serviços Educacionais Ltda. e IGABC – Instituto Grande ABC de Educação e Ensino S/C Ltda. Multa de R\$ 1.000.000,00 imposta em 4.12.13; (vi) Auto de Infração 08700.005451/2013-80. Autuada: Anhanguera Educacional Ltda. Multa de R\$ 500.000,00 imposta em 04.12.2013; e (vii) Auto de Infração 08700.003083/2013-36. Autuada: Rossi Residencial S.A. Multa de R\$ 2.000.000,00 imposta em 12.03.2014.

III. IMPACTO DA INTERLIGAÇÃO DECISÓRIA PREEXISTENTE NA ANÁLISE DE CONCENTRAÇÕES

Os impactos de interligações decisórias preexistentes na análise de operações variarão a depender da sua espécie, intensidade e da existência concomitante de participações minoritárias, bem como do tamanho dessas. A compreensão de tais impactos requer, antes de tudo, abordar o relacionamento das interligações com o conceito de grupo econômico para fins analíticos, o qual não se prende aos critérios para fins de notificação.³⁴

O voto paradigmático sobre a temática do grupo econômico para fins concorrenciais foi proferido pelo Cons. rel. Ragazzo no Requerimento 08700.005448/2010-14, que concerniu à proposta de celebração de TCC da Unimed Araraquara para encerrar processo administrativo referente à investigação de suposta prática de unimilitância. Em tal oportunidade, o conselheiro sustentou que grupo econômico para fins concorrenciais significa a existência de conexão entre sociedades por meio de orientações gerais centrais acerca de sua estratégia competitiva.³⁵

Esse conceito de grupo econômico para fins concorrenciais, atualmente adotado pelo Cade, aproxima-se em grande parte do de influência dominante, o qual consiste no poder de influir no planejamento empresarial de outro agente econômico. Dois atributos desse poder o diferenciam de outras formas de relacionamento entre

34. Ato de Concentração 08012.003886/2011-87. Requerentes: Anhanguera Ltda. e Grupo Anchieta. Cons. rel. Alessandro Octaviani. Aprovação sem restrição em 20.11.2013. Conforme destacado pelo Cons. Octaviani: *"As prescrições jurisprudenciais do Cade (...) continuam vigorantes, sendo a elas acrescidos critérios que tornam presumidos os pressupostos de grupo econômico, com regras de participação mínima, para fins de submissão do ato, tal qual exarado pela Res. Cade 02/2011. Esses critérios, é claro, são de presunção para fins de submissão, e não de exclusão para quaisquer fins analíticos. Certamente podem ser verificadas situações em que haja um grupo econômico construído, com um centro de decisões plenamente identificável (...) que não deixe dúvidas sobre o sentido único que se dá a uma massa conjunta de recursos e que possam estar mais ou menos tangenciais a tais preceitos, o que deve ser levado em conta pela Administração no cumprimento de seu dever Constitucional de defesa das condições de concorrência"*.

35. Requerimento 08700.005448/2010-14. Requerente: Unimed Araraquara – Cooperativa de Trabalho Médico. Cons. rel. Carlos Ragazzo. Rejeição do Requerimento de TCC em 14.12.2011. A análise do conceito de grupo econômico nesse caso deu-se diante da necessidade de compreender os vínculos existentes entre as unidades cooperativas participantes do Sistema Unimed e levou à conclusão de que este é um grupo econômico concorrencial, sendo a Unimed Brasil responsável junto com as demais unidades cooperativas do Sistema Unimed por infrações concorrenciais praticadas pelas últimas. Assim, uma proposta de TCC para solucionar as investigações relacionadas à unimilitância deveria incluir a assinatura conjunta da Unimed Brasil. Tratou-se de uma das únicas oportunidades em que o Cade analisou a responsabilidade solidária concorrencial, atualmente prevista no art. 33 da Lei 12.529/2011. Após a rejeição da proposta de TCC individual, o Cade homologou em 20.03.2013 um TCC coletivo com 40 Unimeds de todo o país.

agentes. Primeiro, ele não requer domínio sobre todos os órgãos ou decisões sociais, mas apenas sobre aqueles referentes à estratégia concorrencial, refletida nas seguintes áreas: pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas. Segundo, pressupõe estabilidade, devendo ser fundado em bases estruturais e estáveis que permitam pressupor que perdurará no tempo.³⁶

Uma importante consequência de concluir que dois agentes integram o mesmo grupo econômico para fins concorrenciais ou que há influência dominante entre eles é a soma das suas participações de mercado, o que afeta drasticamente as conclusões da autoridade.³⁷

A aplicação desse raciocínio às interligações decisórias requer que se demonstre que os cargos envolvidos autorizam a existência de uma orientação geral concorrencial comum. Essa análise naturalmente deve ser casuística, mas algumas hipóteses em que tal orientação comum muito provavelmente existiria seriam o direito de eleger a maioria dos membros do conselho de administração e o compartilhamento da maioria dos membros de conselhos.³⁸

Contudo, e aqui nos valem do posicionamento do Cons. Marcos Paulo Veríssimo, a constatação da existência de um grupo econômico ou influência dominante não é pressuposta para que se efetive a soma das participações de mercado de concorrentes. Em suas palavras:

“A submissão a um centro decisório comum é (...) apenas uma *proxy*, entre outras tantas igualmente relevantes, capaz de fazer supor a redução no grau de rivalidade existente entre duas firmas em um dado mercado, de sorte cômputo conjunto de suas participações na definição da análise e de remédios antitruste.”³⁹

36. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 283. A identificação do posicionamento da doutrina majoritária de que essas quatro áreas seriam as mercadologicamente relevantes para fins de avaliação de influência dominante foi repetida pelo Cade em sucessivos casos, conforme indicado pelo então Pres. Badin no Ato de Concentração 08012.010626/2008-62. Requerentes: Usiminas – Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. e Dufer S.A. Cons. rel. Vinicius Carvalho. Declaração de voto do Pres. Arthur Badin, nota de rodapé 12.

37. Uma outra consequência, abordada no caso Unimed Araraquara mencionado na nota de rodapé 35, é a responsabilidade solidária das empresas ou entidades integrantes do grupo por infrações à ordem econômica.

38. Nessa linha, o então Pres. Badin sustentou que o direito de indicar membros para o conselho de administração e dois diretores, sendo um administrativo e outro financeiro configurariam a possibilidade de influência dominante. Op. cit., § 38. Destaque-se que em tal oportunidade essas considerações foram feitas com o objetivo de avaliar o conhecimento de uma reestruturação societária.

39. Ato de Concentração n. 08012.010094/2008-63. Requerentes: Amil Assistência Médica Internacional Ltda. e Casa de Saúde Santa Lúcia S/A. Cons. rel. Elvino Mendonça. Voto-vista do Cons. Veríssimo, § 36.

Assim, elementos que permitam supor que os concorrentes têm incentivos para competir menos intensamente no mercado já autorizam o cômputo conjunto das participações, dado que o controle estrutural é naturalmente preventivo. Essa conclusão – que já autorizou a soma de participações de mercado no caso de participação minoritária passiva –,⁴⁰ foi expressamente aplicada às interligações decisórias no Ato de Concentração 08012.003886/2011-47, reconhecendo-se que tais fenômenos podem causar a soma das participações independentemente da existência de uma orientação geral concorrencial comum. Em seu voto, o Cons. rel. Alessandro Octaviani – após desenvolver a análise mais detida sobre interligações decisórias já feita pelo Cade (em seção intitulada “Direções Interligadas”) – sustentou, à luz do “novo” de relações diretivas entre as sociedades implicadas, que:

“(…) [a]inda que não se entenda pela incidência de hipótese de grupo econômico ou de zelo com aspectos concorrencialmente sensíveis de participações minoritárias, os compartilhamentos gerenciais são fundamento mais do que suficiente para que a melhor decisão em defesa da concorrência seja a soma das participações e recursos conexos dos grupos Anhanguera/Anhembí-Morumbi-Laureate/Pátria.”⁴¹

Outra oportunidade em que o Cade abordou a temática das interligações decisórias e concluiu pela soma das participações de mercado dos agentes referiu-se à aquisição, em duas etapas, do controle da Diagnósticos da América S.A. pelo Grupo Edson Bueno. Apesar de este grupo deter apenas 10% do capital social da Amil Participações S.A., a constatação de que Edson Bueno era CEO desta empresa e membro do conselho de administração do seu controlador – o United Health Group – concorreu para a decisão da autoridade de somar a participação de mercado da Amil à do Grupo Edson Bueno.⁴² Ainda no setor de saúde e envolvendo os mesmos grupos econômicos, a superintendência-geral decidiu novamente por somar as participações dos dois agentes ao analisar a aquisição da Seisa e do Hospital Carlos Chagas pela Amil, muito em função da existência de interligações decisórias.⁴³

40. Ato de Concentração 08012.009401/2009-44. Requerentes: Polimix Concreto Ltda. e Centralbeton Ltda. Cons. rel. Veríssimo. Aprovação sem restrição em 23.05.2012.

41. Ato de Concentração 08012.003886/2011-87. Requerentes: Anhanguera Ltda. e Grupo Anchieta. Cons. rel. Alessandro Octaviani. Aprovação sem restrição em 20.11.2013, § 128. Outro caso do setor educacional em que o Cade debruçou-se sobre a temática foi o Ato de Concentração 08700.011105/2012-51. Requerentes: ICE Inversiones Brazil S.L. e ISCP – Sociedade Educacional S.A. Cons. rel. Ricardo Ruiz. Aprovação sem restrições em 03.04.2014.

42. Ato de Concentração 08012.010038/2010-43. Requerentes: Diagnóstico da América S.A. e MD1 Diagnósticos S.A. Cons. rel. Ricardo Ruiz. Aprovação sem restrições em 20.09.2013; e Ato de Concentração 08700.002372/2014-07. Requerentes: Cromossomo Participações II S.A. e Diagnóstico da América S.A. Cons. rel. Alessandro Octaviani. Aprovação sem restrições em 16.07.2014.

43. Ato de Concentração 08700.008540/2013-89. Requerentes: Amil Participações S.A., Seisa Serviços Integrados de Saúde e Hospital Carlos Chagas. Aprovação sem restrições em

Além dos setores de educação e saúde, o Cade debruçou-se, em 2008, sobre a temática das interligações decisórias em operação no mercado de cimento. Tratou-se da aquisição de ativos de concretagem da Holcim pela Engemix em seis municípios do Paraná e de Santa Catarina. Após constatar que a Votorantim, controladora da Engemix, possuía o poder de indicar membros para o conselho de administração das empresas Supermix e Sita Concrebrás, o Cons. Furlan, em voto-vogal, sustentou que as participações de mercado das três empresas deveriam ser somadas. Conforme o Conselheiro:

“No caso em exame, independentemente da influência dos conselhos de administração nas estruturas decisórias da Sita Concrebrás e da Supermix, a presença de conselheiros e administradores relacionados à Votorantim lhe garante, em tese, acesso a informações essenciais sobre as estratégias da Sita Concrebrás e da Supermix. Consequentemente, ainda que a Votorantim não possa exercer influência dominante na administração das duas empresas, pode adequar as suas próprias estratégias aos planos e operações da Sita Concrebrás e Supermix.”⁴⁴

Especificamente no que se refere à interligação decisória indireta por vínculo familiar, a prática do Cade de considerar conjuntamente as ações detidas por pessoas assim relacionadas é um forte indicativo de que a ocupação simultânea de cargos

24.01.2014. Em março deste ano, a SG analisou o tema das interligações decisórias no setor de transportes ferroviários no caso referente à aquisição pelo FI-FGTS de participação minoritária correspondente a 15,9% do capital social da VLI, sem aquisição de controle, já que 64,1% da empresa permaneceram com a Vale S.A. A operação gerou sobreposição horizontal no mercado de transporte ferroviário de cargas para exportação a partir de Minas Gerais entre as atividades da empresa-alvo e da Brado Logística S.A., que tem 22% das suas ações detidas pelo FI-FGTS. A SG concluiu que a concentração entre Brado e VLI nesse mercado era irrelevante. Analisando, contudo, o cenário extremo em que se computou as participações das empresas dos grupos Vale, FI-FGTS e também ALL – acionista majoritária da Brado – chegou-se a uma concentração de 100% no mercado relevante analisado. A hipótese analisada pela SG pressupunha que o FI-FGTS seria veículo condutor de informações comercialmente sensíveis entre ALL e VLI, por meio da sua participação na Brado. Diversos obstáculos, todavia, impediriam concluir que a operação aumentaria a possibilidade de coordenação entre os agentes, dentre os quais destacam-se as regras societárias de vedação a interligações decisórias. Ainda, o acordo de acionistas da Brado reforça a vedação da lei societária ao determinar que não poderão ser indicados como membros do Conselho de Administração pessoas que participem do Conselho de Sociedades atuantes nas mesmas atividades da companhia e que não poderão ser eleitos para a diretoria pessoas que sejam acionistas, conselheiros, diretores ou empregados da ALL e de suas controladas. Ato de Concentração 08700.008532/2013-32. Requerentes: FI-FGTS e VLI S.A. Aprovação sem restrições em 18.03.2014.

44. Ato de Concentração 08012.009419/2004-31. Requerentes: Engemix S.A. e Holcim (Brasil) S.A. Cons. rel. Ricardo Villas Bôas Cueva. Aprovação com restrições em 19.03.2008.

em concorrentes por pessoas da mesma família resultará no mesmo efeito de soma de participações.⁴⁵

IV. VEDAÇÃO À INTERLIGAÇÃO DECISÓRIA COMO REMÉDIO

Em um momento em que as autoridades concorrenciais brasileiras têm sugerido a concentração de esforços para edição de um guia de restrições em atos de concentrações em um futuro próximo, a identificação da vedação à interligação decisória como um dos remédios possíveis de serem aplicados é pertinente. Destacam-se dois casos do Cade.

O primeiro caso refere-se à carta de intenções entre a Varig e a TAM para a criação da Plata, uma *joint venture* de comércio eletrônico destinada à oferta de serviços turísticos (v.g., distribuição de passagens aéreas, locação de automóveis e reserva de hotéis).⁴⁶ A operação gerou concentração de apenas 10,23% – 8,06% da Varig e 2,17% da TAM – no mercado nacional de comercialização de passagens aéreas, considerado altamente pulverizado, descartando-se a possibilidade de exercício unilateral de poder de mercado. O Conselheiro rel. Campilongo, em consonância com os pareceres da Seae e da ProCade, determinou, contudo, a necessidade de remédios comportamentais para impedir a troca de informações comercialmente sensíveis entre as requerentes e a *joint venture*, que facilitaria práticas concertadas lesivas à concorrência. Diante disso, o Cade aprovou a operação com a condição de que fosse inserida no estatuto da empresa constituída uma vedação ao acúmulo de funções de gestão ou supervisão por pessoas comuns às requerentes e à *joint venture*.

Mais recentemente, em 2010, o Cade debruçou-se sobre a aquisição indireta de participação minoritária da Telecom Itália S.p.A. pela Telefônica S.A., à luz do fato de que a primeira controlava a Tim Participações S.A. e a segunda a Telefônica Brasil S.A., ambas atuantes no mercado brasileiro de telecomunicações. Com o objetivo de impedir ingerências da Telefônica na Tim, a Anatel impôs, dentre outras, o seguinte remédio concernente à interligação decisória: “Vedação de que a TEF indique membros para os Conselhos de Administração, Diretorias ou órgãos com

45. Exemplos de famílias que tiveram os investimentos de seus integrantes considerados de maneira conjunta nos últimos anos pela SG e Tribunal são: Família Zaher (Ato de Concentração 08700.009198/2013-34), Família Rodrigues (Atos de Concentração 08700.011105/2012-51 e 08012.003886/2011-87), Família Bueno (Atos de Concentração 08700.002372/2014-07, 08700.008540/2013-89 e 08012.010038/2010-43) e Família Diniz (Ato de Concentração 08700.008256/2013-02).

46. Ato de Concentração 08012.002335/00-43. Requerentes: Varig S/A – Viação Aérea Rio Grandense e TAM – Transportes Aéreos Meridionais S/A. Conselheiro rel. Celso Fernandes Campilongo. Aprovação com restrições em 02.05.2001. Em junho do mesmo ano, as partes informaram as autoridades concorrenciais que reconsideraram a constituição da *joint venture* e decidiram não mais implementá-la.

atribuições equivalentes das empresas controladas direta ou indiretamente pela Telecom Itália S.p.A., estabelecidas no Brasil, que atuam na prestação de serviços de telecomunicações no mercado brasileiro e de suas controladoras". Em sua análise, o Cade concluiu que a vedação era adequada, tendo sido firmado um Termo de Compromisso de Desempenho com as requerentes.⁴⁷

V. CONCLUSÃO

A inexistência no Brasil de uma vedação profilática a compartilhamentos de executivos semelhante à centenária Seção 8 do Clayton Act norte-americano não significa que as interligações decisórias não sejam fenômenos cujo estudo seja necessário por aqui. Conforme analisado nas páginas precedentes, o acúmulo de cargos em agentes concorrencialmente relacionados e demais formas de conexão de suas esferas decisórias vinculam-se ao controle das estruturas de diversas maneiras. O crescente interesse pela compreensão da interface entre vínculos estruturais e direito antitruste⁴⁸ reflete-se nessa sistematização pioneira, mas parcial das implicações concorrenciais da interligação decisória. Seguindo a experiência de outras jurisdições, é chegado o momento para que esse fenômeno de reflexos múltiplos seja adequadamente compreendido e conscientemente regulado.

VI. BIBLIOGRAFIA

ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Interlocking directorates under Section 8 of the Clayton Act*. Monografia n. 10. American Bar Association, 1984.

BRANDEIS, LOUIS D. *Other people's money and how the bankers use it*. Nova Iorque: Frederick A. Stokes Company, 1914.

COMISSÃO EUROPEIA. *White paper: towards more effective EU merger control*. COM (2014) 449 final. Bruxelas, 09.07.2014.

FALCÃO, Diego Billi. *Interlocking board: aspectos societários da interligação administrativa no direito brasileiro*. Dissertação (mestrado em direito comercial). São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2013.

FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

GARON, Jon M. Searching inside Google: cases, controversies and the future of the world's most provocative company. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, vol. 30, n. 3, 2010, p. 429-475.

47. Ato de Concentração 53500.012487/2007. Requerentes: Mediobanca – Banca di Credito Finanziario S.p.A Intensa Sanpaolo S.p.A, Sintonia S/A, Assicurazioni Generali S.p.A e Telefónica S.A. Cons. rel. Carlos Ragazzo. Aprovação sujeita à celebração do TCD em 28.04.2010.

48. Exemplo dessa tendência é o avançado estágio de discussão na União Europeia sobre a sujeição de aquisições de participações minoritárias ao controle estrutural. A exemplo do COMISSÃO EUROPEIA. *White paper: towards more effective EU merger control*. COM (2014) 449 final. Bruxelas, 09.07.2014.

- GERBER, Benjamin M. Enabling interlock benefits while preventing anticompetitive harm: toward an optimal definition of competitors under Section 8 of the Clayton Act. *Yale Journal on Regulation*, vol. 24, n. 1, 2007.
- HOUSE OF REPRESENTATIVES. *Increasing Sherman Act criminal penalties and amending Clayton Act interlocking directorates*. Hearing of June 15, 1989. U.S. Washington: Government Printing Office, 1990.
- LESLIE, Christopher R. Trust, distrust and antitrust. *Texas Law Review*, vol. 82, n. 3, fev.-2004, p. 515-680.
- MARTINEZ, Ana Paula; ARAUJO, Mariana Tavares de. Aquisição de participações minoritárias em concorrentes e *interlocking directorates*: aspectos concorrenciais. In MARTINEZ, Ana Paula (org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Levy & Salomão Advogados e Singular, 2012.
- OECD. *Antitrust issues involving minority shareholding and interlocking directorates*. DAF/COMP (2008) 30, 23.06.2009.
- POLIDO, Fabrício Pasquot. Tratamento antitruste dos “*interlocking directorates*” na empresa: rumo aos critérios de valoração da defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, vol. 12, n. 2, São Paulo: Ed. RT, p. 13-40.
- PREMINGER, Robert Jay. Deputization and parent-subsidiary interlocks under Section 8 of the Clayton Act. *Washington University Law Quarterly*, vol. 59, n. 3, 1981, p. 943-975.
- Regulamento (CE) n. 139/2004 do Conselho de 20 de janeiro de 2004. Publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 29 de janeiro de 2004, p. L 24/7.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Rafael Liza; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. Board interlocking no Brasil: participação de conselheiros em múltiplas companhias e seu efeito sobre o valor das empresas. *Revista Brasileira de Finanças*, vol. 5, n. 2, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A nova realidade do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), de Ricardo Bruning Bellon – *RIBRAC* 23/261 (DTR\2013\3450);
- *Gun jumping*, controle prévio de estruturas e o Cade, de Amanda Athayde Linhares Martins – *RIBRAC* 22/57 (DTR\2012\451382); e
- Remédios antitruste em atos de concentração relativos à aquisição de participação minoritária em rival, de Patricia Bandouk Carvalho – *RIBRAC* 21/181 (DTR\2012\450331).

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO MIDIÁTICO E AS INEFICIÊNCIAS DA CONCENTRAÇÃO

GIOVANA FELIX TEODORO

Graduanda na Faculdade de Direito da USP. Participou de Programa na Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne no ano letivo 2012/2013 e atendeu ao curso *Competition Law and Policy* na London School of Economics em agosto de 2013. Estagiária.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial

RESUMO: O presente trabalho discute como a política de defesa da concorrência, uma vez aplicada ao contexto da economia da mídia, exerce papel fundamental para promover a diversidade no âmbito do mercado de ideias. Em abordagem crítica às estruturas acentuadamente concentradas que permitem a permanência dos "gigantes da mídia", o texto analisa o produto midiático sob a perspectiva do interesse público, destaca as diferentes eficiências envolvidas no setor e examina os impactos da concentração no mercado de mídia sobre o bem-estar do consumidor e sobre os processos de escolha social. Reconhecendo que a concorrência não é por si só suficiente para promover o pluralismo na mídia, identifica-se, por outro lado, que a concentração econômica nos meios de comunicação social é contrária à democracia e esta preocupação deveria estar mais presente na atuação do CADE no mercado midiático.

PALAVRAS-CHAVE: Economia da mídia – Pluralismo – Política concorrencial – Democracia – Mercado midiático – Regulação econômica.

ABSTRACT: This paper discusses how competition policy, once applied to the context of media economics, plays a key-role in fostering diversity in the market of ideas. Through a critical approach to the highly concentrated structures that allow the "media giants" to persist, the article analyses the media product under the public interest perspective, highlights the different efficiencies involved in this sector and evaluates the impacts of media concentration on consumer welfare and on the development of social choice. Acknowledging that antitrust policy is not in itself sufficient to promote media pluralism, it is noted, on the other hand, that economic concentration in media outlets is contrary to democracy and this concern should be more present in the Brazilian Antitrust Agency interventions within the media market.

KEYWORDS: Media economics – Pluralism – Competition policy – Democracy – Media markets – Economic regulation.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A defesa da concorrência aplicada à economia da mídia: 2.1 O interesse público no produto midiático; 2.2 Redefinição do conceito de eficiência; 2.3 O custo social da concentração – 3. A relação entre a política de defesa da concorrência e pluralismo na mídia: 3.1 O debate atual; 3.2 O caso Sky-DirecTV e o posicionamento do Cade – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

"The media is a huge non-democratically organized force that has a major power over politics, public discourse, and culture. As such, it is not a surprise that media concentration receives great attention."
(C. Edwin Baker)¹

1. INTRODUÇÃO

A² relevância do estudo da concorrência no mercado de mídia é demonstrada tanto na abordagem dos atuais fenômenos de convergência que se consolidam no setor, como na releitura das próprias instituições do direito concorrencial.

Na medida em que os interesses do consumidor são enquadrados como fim último da restrição a estruturas e condutas anticompetitivas, o mercado midiático evidencia que os objetivos da defesa da concorrência não podem se restringir a questões de preço e eficiência. Os interesses da ordem concorrencial devem corresponder, portanto, à centralidade da mídia na sociedade pós-moderna, seja no processo de formação cultural e política dos indivíduos ou enquanto ferramenta essencial para o acesso à informação.³

No Brasil, o reflexo da afirmação de Edwin Baker em epígrafe pode ser identificado no texto da Constituição Federal que, ao dispor sobre os meios de comunicação social, veta a existência de monopólio.⁴ Mais precisamente, a preocupação estatal com a concentração do poder de mercado na esfera midiática resultou em um sistema marcado pela atuação complementar da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações) em relação ao Cade (Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência), reconhecendo que a proteção da ordem econômica no mercado de mídia não deve estar totalmente apartada dos objetivos perseguidos pela autoridade reguladora.

Embora a necessidade de intervenção estatal seja objeto de consenso (ainda que o nível e a forma de tal intervenção sejam pontos de extrema controvérsia), a implementação de medidas de defesa da concorrência no mercado midiático ainda é objeto de debate. Nesse sentido, discute-se em que medida mercados mais competitivos seriam, de fato, mais eficientes e favoráveis ao consumidor – principalmente quando analisadas as peculiaridades da economia de escala e de escopo dos produtores midiáticos, notadamente em face da capacidade produtiva de grandes oligopólios midiáticos. Contudo, ao menos no exame do cenário brasileiro atual, a ausência de condições concorrenciais no mercado de mídia mostra-se contrária à

1. BAKER, C. Edwin. Media Concentration: Giving Up on Democracy. *Florida Law Review*, vol. 54, n. 5, p. 841.

2. Prêmio IBRAC TIM 2014 – Categoria: Graduação.

3. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 120-121.

4. Art. 220, § 5.º, da CF/1988: "Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio".

qualidade e diversidade de conteúdo midiático, afetando também os processos de escolha dos cidadãos e a democratização do acesso, de modo a reproduzir e intensificar estruturas de estratificação social.

2. A DEFESA DA CONCORRÊNCIA APLICADA À ECONOMIA DA MÍDIA

Em razão das especificidades que envolvem a produção de conteúdo midiático enquanto atividade econômica, a análise das questões concorrenciais envolvidas nesse mercado deve ser condicionada pelas características que definem a *economia da mídia*. Na reiterada definição de Robert Picard, a economia da mídia “examina como os agentes midiáticos correspondem aos interesses e necessidades de sua audiência, anunciantes e da sociedade como um todo, tanto em relação à informação quanto ao entretenimento, de acordo com os recursos disponíveis”.⁵

A interação entre os operadores da mídia e seus destinatários diferencia-se das demais relações entre agentes econômicos e consumidores, sobretudo em decorrência da natureza do próprio produto midiático, uma vez verificada sua repercussão no desenvolvimento social, cultural e político dos indivíduos. Esses elementos não impedem, contudo, que os operadores da mídia conduzam suas atividades com base em uma lógica essencialmente econômica de maximização do retorno financeiro em função dos recursos investidos. É justamente em decorrência dessa sobreposição entre racionalidade econômica e os valores imateriais inseridos no produto midiático que se sustenta a economia da mídia como disciplina autônoma. Como consequência, embora as implicações socioeconômicas de determinadas estruturas de mercado sejam frequentemente consideradas no debate do direito concorrencial, esse fator socioeconômico para além dos resultados econômicos da defesa da concorrência é potencializado no âmbito da economia da mídia.⁶

Superada a concepção paternalista de que caberia ao Estado se apropriar da produção midiática para promover o bem-estar de seus cidadãos, a presença de entes privados no controle da indústria midiática constitui um ambiente econômico que – por vezes de maneira mais intensa do que em outros mercados – tende à concentração. Cabe ao Estado, portanto, utilizar ferramentas de defesa da concorrência em atenção à complexidade dos interesses em jogo, promovendo condições concorrenciais que beneficiem não apenas os agentes econômicos envolvidos, mas principalmente o consumidor do produto midiático.

5. PICARD, Robert. *Media economics: concepts and issues*. EUA: Sage, 1989. p. 7.

6. Diante dessas ponderações, pode-se dizer que a economia da mídia importa conceitos da chamada *welfare economics*, frequentemente evocada para legitimar a intervenção estatal no mercado midiático, atentando às externalidades sociais geradas pelo consumo do produto midiático. Nesse sentido, ver: PEACOCK, Alan; RIZZO, Ilde (eds.). *Cultural economics and cultural policies*. Holanda: Kluwer Academic Publishers, 1994. p. vii.

Um dos desafios para a adaptação da defesa da concorrência à economia da mídia está na própria base da análise concorrencial: identificar os níveis de concentração do mercado. Métodos comumente aplicados como os valores do HHI (Herfindahl-Hirschman Index) podem ser utilizados no mercado midiático, desde que restritos a um único segmento do mercado.

Por outro lado, essas ferramentas não permitem avaliar níveis de concentração que atravessem diferentes segmentos do mercado midiático,⁷ identificando a participação reduzida de alguns operadores em um único setor, mas ocultando a influência combinada exercida pela abrangente atuação daqueles que podem ser considerados os “gigantes da mídia”.⁸

Os mecanismos de defesa da concorrência também devem atender às exigências das duas estruturas de mercado contempladas pela mídia enquanto produtora e fornecedora de “produtos culturais”. Além do mercado em seu sentido econômico, a mídia opera no chamado “mercado de ideias”. Neste último, a diversidade do produto, essencial para a democracia, está vinculada à pluralidade de agentes econômicos atuando em condições de concorrência justa e plena,⁹ garantindo-lhes

-
7. Em análise sobre o mercado brasileiro de radiodifusão, Alexandre Ditzel Faraco conclui que a análise da concentração de mercado no contexto midiático não pode ficar restrita ao número de agentes atuando no setor. “É preciso avaliar a parcela do mercado de cada um desses, o que demanda a consideração de outro tipo de dado, mais especificamente a audiência detida pelo prestador de serviço”. Ver FARACO, Alexandre Ditzel. Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 121.
 8. ALBARRAN, Alan B. Media Economics. *The Sage Handbook of Media Studies*. EUA: Sage, 2004. p. 302-303. O autor cita como exemplos dos “gigantes da mídia” empresas norte-americanas como a AOL Time-Warner, Disney e Viacom. No Brasil, o grupo Organizações Globo, considerado a maior companhia do mercado de comunicação de massa na América Latina, inclui-se no mesmo rol de gigantes cuja influência combinada sobre múltiplos setores do mercado midiático nem sempre é refletida em análises concorrenciais.
 9. CUILEMBURG, Jan Van. On competition, access and diversity in media, old and new: some remarks for communications policy in the information age. *New Media & Society*, vol. 1, n. 2, p. 193-194. Ao abordar a relação entre diversidade e concorrência em seu artigo, Cuilemburg observa que se aplicarmos a teoria de Harold Hotelling ao mercado midiático, aumentar a competitividade entre os agentes poderia gerar maior homogeneidade na oferta de conteúdo, em razão do comportamento conservador que os concorrentes tendem a adotar em mercados altamente competitivos, culminando no que Hotelling chamou de *excessive sameness* (ou “similaridade excessiva”). Contudo, Cuilemburg demonstra que “mais do mesmo” em relação ao produto midiático não implica, por definição, que a diversidade na oferta é inversamente proporcional ao nível de competitividade – caberia ao Estado aplicar medidas que fomentem a competitividade no âmbito do conteúdo, uma “concorrência moderada” capaz de garantir acesso à pluralidade de ideias, independentemente da proporção em que aparecem na sociedade.

a possibilidade de produzir e oferecer conteúdo efetivamente diversificado e independente da perspectiva dominante imposta por determinados agentes.

Na ausência de políticas concorrenciais adequadas ao mercado de ideias, a diversidade pode ser falseada pelos operadores da mídia. Isso porque trata-se de um mercado que favorece a assimetria de informação entre consumidores e agentes econômicos. O consumidor final tem pouco ou nenhum contato com a relação preço/qualidade praticada no mercado ou mesmo com o nível de diversidade de produtos culturais efetivamente disponível nos meios de comunicação.

A consequência de ter um mercado midiático guiado por forças concentradoras acomoda os agentes dominantes em relações de poder alheias ao conhecimento do público e aos mecanismos de *accountability* tradicionais, permitindo-lhes oferecer, sem qualquer constrangimento, conteúdo homogêneo e com o menor denominador comum em termos de qualidade.¹⁰ Nessas condições, a competição se estabelece pela mesma “audiência de massa” em detrimento da oferta de conteúdo diversificado que viabilizaria ao consumidor realizar escolhas informadas tanto em relação às opções disponíveis,¹¹ quanto ao seu posicionamento em uma sociedade democrática.¹² A variedade das fontes de informação é necessária para a efetividade das instituições democráticas¹³ e essa máxima deve ser incorporada à análise do mercado em que a troca de informações se potencializa – o mercado midiático.

Dessa forma, os valores que justificam a defesa da concorrência não se limitam à competitividade em si. A competição entre os agentes econômicos no âmbito da

10. FEINTUCK, Mike. *Media regulation, public interest and the law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1999. p. 37 e 49.

11. A concorrência como ferramenta essencial aos processos de formação de escolha a partir do conhecimento de todas as opções disponíveis foi amplamente discutida por HAYEK, Friedrich A. *Individualism and economic order*. Chicago: University of Chicago Press, 1948. Como síntese da racionalidade desenvolvida por Hayek, destaca-se o seguinte trecho: “Competition is essentially a process of the formation of opinion: by spreading information, it creates that unity and coherence of the economic system which we presuppose when we think of it as one Market. It creates the views people have about what is best and cheapest, and it is because of it that people know at least as much about possibilities and opportunities as they in fact do”. Op. cit., p. 106.

12. ALBARRAN, Alan B. Op. cit., p. 76.

13. A relação simbiótica entre variedade de fontes informativas e democracia é frequentemente afirmada como pressuposto nos trabalhos que discutem a incidência do direito concorrencial no mercado de mídia. Ver, por exemplo: BARENDT, Eric, *Broadcasting law: a comparative study*. Oxford: Clarendon Press, 1993. p. 122; e PAVLIK, John V. Citizen access, involvement, and freedom of expression in an electronic environment. In: _____. *The people's right to know: media, democracy, and the information highway*. London: Routledge, 2013. p. 160.

mídia deve ser acompanhada pela concretização de valores sociais, de modo que a política de defesa da concorrência aplicada aos operadores da mídia exige: (a) identificar o interesse público inserido no produto midiático; (b) alterar os parâmetros que definem a eficiência no mercado de mídia; e (c) reconhecer as consequências sociais da concentração.

2.1 O interesse público no produto midiático

Diante da relevância social da indústria midiática, o cenário mais benéfico para o consumidor não se resume aos parâmetros de preço aplicados a outros mercados. Constata-se que o interesse público envolvido na defesa da concorrência está intrinsecamente associado, na indústria da mídia, ao interesse público enquanto característica determinante do próprio produto midiático.

Ao analisar o interesse público face ao produto midiático, preliminarmente, é importante limitar o conceito desse produto a uma das faces do que se convencionou chamar de *dual-product market place* que caracteriza as atividades econômicas no setor midiático.

De acordo com o conceito apresentado por David Poltrack,¹⁴ tanto o conteúdo produzido quanto a audiência que se busca atingir são produtos midiáticos. A audiência opera como *commodity* entre os detentores dos meios de produção midiática e os anunciantes, enquanto o conteúdo está vinculado à relação entre a indústria da mídia e cada um de seus consumidores finais em busca de entretenimento, informação.¹⁵

Tendo em vista o interesse público envolvido na proteção dos direitos do consumidor como fim último da defesa da concorrência, adota-se como foco o conteúdo midiático como objeto de análise por ser este o produto que está no centro da relação entre os agentes econômicos do setor e seus consumidores.

Identificado o produto midiático sobre o qual recai o interesse público a ser incorporado pela defesa da concorrência, passemos à análise de como deve ocorrer essa incorporação.

O benefício essencialmente econômico (preços mais baixos, por exemplo) contido na concorrência como fim em si mesma transcende os interesses particulares e configura interesse público. Contudo, o modelo “puramente econômico” é insuficiente para salvaguardar as várias demandas de interesse público relacionadas à

14. POLTRACK, David. *Television marketing: network, local, and cable*. New York: McGraw-Hill, 1983.

15. Para mais referências sobre a estrutura de *dual-product marketplace* do mercado de mídia, ver: NAPOLI, Philip M. *Audience economics: media institutions and the audience marketplace*. New York: Columbia University Press, 2003. p. 1-3.

produção e disponibilização do conteúdo midiático,¹⁶ o que exige a adequação do conceito de interesse público natural à defesa da concorrência.

O conceito de interesse público no mercado de mídia está relacionado aos interesses que transcendem a relação individual de cada consumidor com o conteúdo midiático, o que seria manifestação mais evidente do “interesse do público”.¹⁷

A adequação do interesse público à lógica do mercado de mídia implica reconhecer que a os mecanismos de defesa da concorrência serão aplicados em um contexto de tensão de valores. As preocupações concorrenciais no contexto da mídia devem atentar, nesse sentido, ao complexo de influências sociais, culturais e informacionais que vão além dos interesses imediatos e particulares da relação direta entre o receptor e o transmissor do produto midiático.¹⁸

Ainda que os resultados positivos decorrentes de estruturas competitivas de mercado correspondam, com efeito, a uma demanda de interesse público, a carga sociocultural do produto midiático exige um passo a frente da política concorrencial, identificando o equilíbrio entre os benefícios econômicos e os valores de diversidade e pluralismo caros à sociedade democrática.

O conteúdo veiculado pelos diferentes canais midiáticos está diretamente relacionado à capacidade de cada indivíduo de ver refletidos seus valores e escolhas e, ao mesmo tempo, obter os subsídios necessários para a formação de tais escolhas. A essência do interesse público no mercado de mídia está justamente na relação direta entre a qualidade desse processo de escolha social e o acesso ao produto midiático em sua forma mais diversa possível.¹⁹

-
16. WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition law* 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 20: “competition does not operate in a vacuum” (p. 20) – política de defesa da concorrência, para ser eficaz, engloba o interesse público sob suas diferentes formas e deve corresponder à política econômica específica de cada contexto social e mercadológico. A presente análise pretende identificar, portanto, em que medida essa adequação do interesse público ao mercado midiático deve abranger as manifestações de interesse público particulares ao produto midiático. Nesse sentido, é válido enfatizar a importância do termo “adequação” em oposição a inserção ou redefinição da ideia de interesse público.
 17. FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação*. Tese de Doutorado, São Paulo, 2009, p. 146. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02122009-152713/pt-br.ph].
 18. MCQUAIL, Denis. *Media performance: mass communication and the public interest*. Amsterdam: Sage, 1992. p. 3.
 19. FEINTUCK, op. cit., p. 72: “Choice based on inadequate information cannot be considered choice in any meaningful sense (...) In order for citizens to make considered choices, based on adequate information, it is generally considered necessary for the media to deliver a wide range of perspectives; media plurality as a prerequisite of meaningful choice”.

Concretizar essa demanda de interesse público demanda não só a limitação do poder de mercado dos agentes econômicos envolvidos, mas também redefinir os parâmetros de eficiência que conduzirão a defesa da concorrência no setor.

2.2 *Redefinição do conceito de eficiência*

As definições de eficiência que acompanham a evolução da teoria econômica – eficiência produtiva, alocativa, redistributiva e dinâmica –²⁰ são incorporadas aos objetivos da defesa da concorrência na medida em que a relação entre concorrência plena e bem-estar apresentada pelo pensamento neoclássico²¹ torna-se mais complexa. No mercado de mídia, esse ajuste de complexidades é resultado da influência social, cultural e política que o produto midiático exerce, diretamente, sobre aqueles que o consomem.

A noção de “eficiência econômica” associada à defesa da concorrência tende a isolar os resultados eminentemente econômicos observados no mercado daqueles que seriam os resultados sociais de determinada prática comercial. No mercado midiático, contudo, a relação intrínseca entre alocação de recursos e os efeitos sociais do produto oferecido exige que o conceito de eficiência seja redefinido. Como ilustra Gillian Doyle, é possível que uma transmissora de televisão redistribua seus recursos para prolongar seu tempo de transmissão ou aumentar níveis de audiência sem qualquer alteração nos custos despendidos. Contudo, se tal estratégia implica reduzir a diversidade do produto midiático em questão, poderíamos afirmar que houve, de fato, maior eficiência na alocação de recursos?²²

Em sua nota de referência no debate sobre concorrência nos setores de televisão e radiodifusão, o secretariado da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) destacou que os objetivos econômicos perseguidos pela política concorrencial, incluindo a eficiência, não oferecem proteção adequada para a diversidade e pluralidade no âmbito da mídia.²³ De acordo com as observações da OCDE, a resposta de muitas jurisdições a esse quadro tem tomado a forma de limitações especiais à concentração de poder econômico em algumas plataformas

20. Cf. POSSAS, Mario Luiz et al. *Política antitruste: um enfoque schumpeteriano*. Rio de Janeiro: Instituto de Economia Industrial da UFRJ, 1995. p. 21-25. Disponível em: [www.ie.ufrj.br/grc/docs/politica_antitruste_um_enfoque_schumpeteriano.doc].

21. WHISH, op. cit., p. 4. Para uma perspectiva crítica sobre o conceito de eficiência alocativa e produtiva na teoria neoclássica, ver SALOMÃO FILHO, 2013, op. cit., p. 235-242.

22. DOYLE, Gillian. *Understanding media economics*. Sage, p. 11.

23. OCDE. OECD Policy Roundtables: Competition Issues in Television and Broadcasting, Background Note. 2013, p. 25. Disponível em: [www.oecd.org/daf/competition/TV-and-broadcasting2013.pdf].

mediáticas, bem como a aplicação de restrições à concentração cruzada entre múltiplas plataformas (*cross-ownership*).

Mais do que sacrificar eventuais benefícios puramente econômicos para atender a demandas sociais, é necessário consolidar que, no contexto da mídia, os valores de diversidade e pluralidade compõem, também, a medida de eficiência do mercado. Em termos gerais, pode-se afirmar que a noção de eficiência equaciona os recursos disponíveis e o bem-estar do consumidor e, no mercado midiático, tal bem-estar está intimamente relacionado à qualidade e pluralidade do conteúdo oferecido (enquanto o fator preço é de menor relevância, se comparado a outros mercados).

No Brasil, a redefinição do conceito de eficiência tem consequências diretas sobre a interpretação e aplicação da norma constitucional que veta a concentração de poder econômico no setor dos meios de comunicação social. Somente a partir de parâmetros de eficiência que incorporem a pluralidade e a diversidade do conteúdo disponível aos consumidores é que os mecanismos de defesa da concorrência poderão identificar as reais ineficiências da concentração no mercado midiático e, assim, atuar de forma mais efetiva sobre as estruturas do setor.

Ressalta-se, ainda, que a eficiência perseguida pela política de defesa da concorrência deve estar comprometida com estruturas competitivas que favoreçam a dispersão do conhecimento econômico na sociedade.²⁴ Tendo em vista a já referida relação direta entre o acesso ao conteúdo midiático e a capacidade de escolha dos consumidores, a concorrência no mercado de mídia é particularmente relevante para promover a dispersão do conhecimento²⁵ e, assim, tem o potencial de influenciar o processo de escolha social não só dentro do mercado midiático, mas também nas demais esferas políticas e socioeconômicas. Fundamental, portanto, avaliar as consequências da concentração na indústria da mídia que vão além da análise puramente econômica do mercado.

2.3 O custo social da concentração

Definido que a defesa da concorrência aplicada ao mercado de mídia deve incorporar objetivos para além da competitividade do mercado em si, deve-se compreender em que medida a estrutura de mercado tendencialmente falha da indústria da

24. Ver HAEYK, op. cit., p. 104-106.

25. SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação, desenvolvimento e meio ambiente. In: _____ (co-ord.). *Regulação e desenvolvimento – Novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 36. No trecho em que enfatiza a importância dos meios de comunicação para a transmissão e discussão do conhecimento, o autor é categórico em identificar a falha regulatória no setor: "(...) Daí a necessidade premente (e inexistente na prática) de pluralismo na difusão de ideias nesses meios de comunicação".

mídia²⁶ pode afetar o bem-estar do consumidor e o modelo democrático. Tal análise está vinculada à ideia de *externalidades* que, apesar de não ser exclusiva ao mercado de mídia, encontra neste mercado manifestação expressiva.

Em definição sintética, a ICN (*International Competition Network*) apresenta o conceito de externalidades como os efeitos colaterais – positivos ou adversos – gerados por agentes econômicos sobre terceiros.²⁷ No caso do mercado midiático, em particular, pode-se dizer que são efeitos observados não só sobre determinados grupos de terceiros, mas sobre a sociedade como um todo.

Ao mesmo tempo que meios de comunicação social enquanto fontes de informação e espaço para liberdade de expressão constituem um dos pilares da democracia, seria imprudente presumir que a dinâmica do mercado midiático apresentaria, espontaneamente, compromisso com valores realmente democráticos.²⁸ Nesse sentido, embora o Texto Constitucional brasileiro não tenha logrado mecanismos eficazes para inibir estruturas concentradoras no mercado de mídia, demonstra clara preocupação estatal com o que podemos chamar de *custo social* da concentração econômica no setor. Essa constatação é evidente posto que, em oposição às demais hipóteses de controle estrutural verificadas em outros mercados, o legislador tornou ilegítima qualquer forma de concentração de poder econômico no contexto dos meios de comunicação social – independentemente de abuso ou do meio como essa posição de dominância fora alcançada pelo agente econômico.²⁹

Não há medida objetiva para as externalidades geradas pelo produto midiático; mas o impacto de tais externalidades sobre a sociedade é suficientemente expressivo para que as políticas públicas no setor não as desconsidere.³⁰ No tocante às estruturas concentradoras do mercado midiático, a principal externalidade está relacionada ao controle exercido por grandes conglomerados sobre o conteúdo veiculado, o que implica consequências diretas sobre o acesso à informação e sobre a formação cultural dos consumidores.

Em razão dessa influência direta exercida pela mídia sobre as várias esferas político-sociais do indivíduo, o custo social da concentração do poder de mercado

26. MARSDEN, Chris T. The European Digital Convergence Paradigm: From Structural Pluralism to Behavioural Competition. *The Journal of Information, Law and Technology*, n. 3. Disponível em: [www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1997_3/marsden1/].

27. ICN. Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group: Report to the Third ICN Annual Conference. Seoul, 2004. p. 2. Disponível em: [www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc377.pdf].

28. FEINTUCK, op. cit., p. 69.

29. FARACO, op. cit., p. 109-110.

30. BAKER, C. Edwin. An Economic Critique of Free Trade in Media Products. *North Carolina Law Review* 78/1393.

– normalmente restrito à relação qualidade-preço do produto – se potencializa. Além das consequências diretas sobre o modo como a informação é difundida na sociedade, a concentração no reforça o poder que os “gigantes da mídia” exercem no processo de formação da escolha social³¹ que, a princípio, deveria ser gerido por vias democráticas.

A lógica antidemocrática favorecida pela concentração do mercado midiático constitui, portanto, elemento-chave na reprodução de desigualdades e reflete as mais graves assimetrias de poder e de informação presentes nas instituições sociais.³² Desse modo, um número reduzido de entes privados instrumentaliza o mercado dos meios de comunicação de massa com facilidade para servir interesses que, raramente, coincidem com as demandas de interesse público que deveriam ser atendidas pelo mercado de mídia. Considerando que atingir altos índices de audiência está entre as prioridades daqueles que difundem o produto midiático, não há interesse em promover o debate público que poderia incentivar a própria transformação do perfil da demanda por um conteúdo de mais qualidade.

A concentração do controle econômico sobre os meios de comunicação social opera de forma inversa à possibilidade de qualificação do debate democrático, por meio de uma estrutura em que os controladores da mídia definem as bases da escolha social sem qualquer poder de influência por parte dos consumidores. Uma vez já condicionada às estruturas pouco transparentes que determinam os processos editoriais presentes em qualquer meio de difusão de informação, a maioria dos consumidores do produto midiático é destituída dos meios que permitiriam identificar se há ou não pluralidade naquilo que lhes é apresentado como produto final. Esse processo ocorre porque, em meio a estruturas concentradoras, os poucos detentores de real influência sobre a produção midiática ditam, nas palavras de Stuart Hall, o que é ou não uma questão na sociedade.³³ Assim, os próprios lados opostos de determinado debate são, *a priori*, estabelecidos à revelia de um processo democrático, permitindo que qualquer outro tópico que não se relacio-

31. Nesse sentido, ver a análise das preocupações político-sociais em relação aos oligopólios no mercado midiático australiano em SCHULTZ, Julianne. *Reviving the Fourth State: Democracy, Accountability and the Media*. Australia: Cambridge University Press, 1998. p. 109-111.

32. HALL, Stuart et al. *Policing the crisis: mugging, the state and law and order*. London: The Macmillan Press, 1978. p. 58.

33. Idem, p. 58-59. De acordo com o autor, existe um movimento de “definição primária” nas estruturas de poder que influenciam o conteúdo difundido na mídia, de modo que aqueles em posição de controle tem a capacidade de determinar as bases do debate social, o que Hall chama de *framing what the problem is*. Assim, qualquer discurso deve ser enquadrado dentro de uma questão pré-definida sob pena de ser ignorado como um ponto de vista que simplesmente não está endereçando o debate.

ne diretamente ao debate em si que foi imposto pela mídia seja categoricamente considerado irrelevante.

O documento elaborado no contexto da Comissão Europeia para orientar as políticas no controle de concentrações no mercado de mídia identificou que garantir a independência e autonomia estrutural entre os controladores dos meios de comunicação social é requisito mínimo para que haja diversidade nas opções de escolha oferecidas ao público.³⁴ Essa priorização da qualidade do processo de escolha não é incorporada à política concorrencial para o mercado de mídia por acaso. A análise protagonizada por Hayek³⁵ permite concluir que o ambiente concorrencial favorável a processos de escolha efetivamente democráticos é condição essencial para otimizar disseminação de conhecimento na sociedade – o que, ao promover a diluição dos centros de poder econômico e político, está entre os princípios centrais do desenvolvimento.³⁶

A lógica que associa a transmissão de ideias plurais à capacidade de construir políticas de desenvolvimento que correspondam às reais demandas socioeconômicas de dada sociedade revela a amplitude do custo social resultante da concentração no mercado midiático. Diante da relevância dos meios de comunicação social para promover a difusão do conhecimento em sua forma mais direta, a defesa concorrência não pode subestimar as consequências de estruturas concentradoras no setor. Contudo, em face do constante debate sobre os limites da política concorrencial enquanto via de regulação econômica, tem-se questionado como e até que ponto a competitividade dos mercado de mídia deve ser vinculada ao fomento da pluralidade e diversidade do produto midiático.

3. A RELAÇÃO ENTRE A POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E PLURALISMO NA MÍDIA

Nas considerações sobre o papel da mídia na democracia, Joseph E. Stiglitz, ganhador do Prêmio Nobel de Economia, ressalta a importância da competitividade no mercado de bens e serviços e enfatiza que ainda mais relevante é a manutenção de condições competitivas no mercado de ideias.³⁷ Stiglitz reconhece que seria utópico conceber o mercado midiático como ambiente plenamente competitivo e apto a priorizar a diversidade de opinião, mas assinala que o cenário poderia ser melhor

34. European Commission Green Paper. *Pluralism and media concentration in the internal market: an assessment of the need for community action*. dez. 1992. p. 19. Disponível em: [http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com92_46_en.pdf].

35. Cf. HAYEK, op. cit., p. 77-106.

36. Nesse sentido, ver SALOMÃO FILHO, 2012, op. cit., p. 32-36.

37. STIGLITZ, Joseph E. *The price of inequality*. EUA: W.W. Norton & Company, 2013. p. 160-162.

se, entre outras medidas, houvesse maior comprometimento da política antitruste com as implicações do controle sobre o mercado de ideias, não apenas sobre o mercado publicitário.

A diversidade nos meios de comunicação social contribui para a consolidação da democracia e sua importância é reconhecida mesmo em face das evidentes distorções no mercado de ideias verificadas atualmente. A importância do pluralismo não é questionada sequer pelos operadores dos gigantes da mídia – as grandes corporações midiáticas ostentam a bandeira da liberdade de expressão e do acesso à informação, mas não consideram problemático o controle oligopolístico sobre vários canais de comunicação social.³⁸

Embora exista consenso quanto à necessidade de promover a diversidade no mercado de mídia, a utilização da defesa da concorrência para promover o pluralismo no setor é objeto tema para discussões e debates. Discute-se, sobretudo, em que medida seria possível associar a pluralidade de agentes econômicos à pluralidade de conteúdo e, nesse sentido, se o fortalecimento da política concorrencial no setor traria, efetivamente, resultados positivos para o consumidor do produto midiático.

3.1 O debate atual

Diante da experiência de mercados como o norte-americano, em que a vasta quantidade de canais midiáticos não permite identificar pluralidade no conteúdo oferecido aos consumidores finais, tem-se questionado o papel das estruturas competitivas de mercado no contexto dos meios de comunicação social.³⁹

Nesse cenário, embora exista concorrência entre os agentes econômicos envolvidos, não seria razoável presumir que apenas a competitividade do mercado

38. Esse fenômeno é bem percebido no jornalismo brasileiro, onde tornou-se comum tanto na imprensa escrita quanto nos telejornais que o corpo editorial assuma posicionamentos políticos, mas permaneça reivindicando a neutralidade do conteúdo veiculado. Apesar de alegarem a pluralidade de perspectivas como prioridade na produção jornalística, priorizam as posições mais convenientes para seus interesses corporativos sem oferecer ao consumidor do produto midiático esclarecimentos sobre as posições assumidas. A crítica a essas distorções é observada no documentário dirigido por Jorge Furtado, *O mercado de notícias*. Inspirado na peça teatral homônima escrita pelo dramaturgo inglês Ben Jonson em 1625, o filme apresenta depoimento de 13 importantes jornalistas brasileiros para discutir a delicada relação entre imprensa de notícias e democracia. Estreou nos cinemas em 07.08.2014. Mais informações em: [www.omercadodenoticias.com.br].

39. Nesse sentido, ver COLLINS, Richard; MURRONI, Cristina. *New media, new policies: media and communications strategy for the future*. Cambridge/MA: Blackwell Publishers, 1996. Ao discutir o chamado “efeito Hotelling” aplicado às novas mídias, os autores demonstram que a competição dos operadores da mídia por nichos de audiência revela que garantir a concorrência no mercado midiático não garante diversidade de conteúdo.

poderia garantir parâmetros plurais e democráticos no mercado de ideias. Notadamente, caberia ao Estado, por meio de políticas regulatórias mais incisivas do que o controle de concentrações, garantir esses valores invocando o interesse público.

Esse posicionamento que sustenta a inadequação – ou, no mínimo, a insuficiência – da política concorrencial para promover a diversidade genuína do produto midiático encontra respaldo em sistemas públicos de radiodifusão comuns no contexto europeu. Exemplos como a Itália e a Alemanha revelam estruturas em que o Estado tem ingerência direta sobre a programação oferecida pelas concessionárias de canais públicos de radiodifusão, justamente com o objetivo (ao menos estatutário) de impor condições de pluralismo.⁴⁰

Em resposta às demandas de uma sociedade que tem demonstrado crescente desconfiança e desinteresse em relação à formulação de políticas públicas e ao debate político em geral, verifica-se em países como Dinamarca e Finlândia o enrijecimento de leis regulatórias e aumento de incentivos aos canais públicos de radiodifusão; aplica-se o modelo tradicional de serviço público ao mercado de mídia para, deliberadamente, influenciar o comportamento das grandes audiências, redirecionando o interesse do público para questões que colaborem para cidadãos mais informados e capazes de exigir prestação de contas de seus líderes políticos.⁴¹

Por outro lado, o princípio econômico de que mercados competitivos servem melhor ao interesse público do que as estruturas concentradas não pode ser afastado quando se trata do mercado de mídia.

Como apontado por McChesney, se há alguma dúvida quanto à capacidade de monopólios midiáticos, ainda que estatais, oferecerem diversidade de conteúdo para os consumidores, a defesa da concorrência deve atuar para o maior nível de competitividade possível. A partir do momento em que a indústria midiática concentra-se sob o controle de alguns gigantes do setor, as barreiras econômicas e políticas para reverter esse quadro podem tornar a reforma das estruturas do mercado inviável.⁴²

40. PRICE, Monroe E. *The Market for Loyalties: Electronic Media and the Global Competition for Allegiances*. *Yale Law Journal* 104/670-674.

41. CURRAN, James et al. *Media System, Public Knowledge and Democracy: A Comparative Study*. *European Journal of Communication* 24/7. Disponível em: [http://ejc.sagepub.com/content/24/1/5].

42. MCCHESENEY, Robert D. *The problem of the media: US communication politics in the twenty-first century*. New York: NYU Press, 2004. p. 226-227. Entre as considerações do autor sobre a importância de zelar pela concorrência no mercado de mídia, destaco a analogia simples, porém muito ilustrativa para a tentativa de reverter estruturas concentradas no setor: "It is like getting toothpaste back into the tube".

Entre a rigidez de políticas regulatórias paternalistas e a necessidade de impedir a consolidação de grandes conglomerados controlando os vários canais de comunicação social, há alternativas ponderadas.

A conciliação da defesa da concorrência com o objetivo de garantir o pluralismo no mercado de mídia ocorre na medida em que a política concorrencial considera os objetivos não econômicos envolvidos no setor, ao mesmo tempo em que se reconhece os limites da intervenção das autoridades concorrenciais e a necessária aplicação de medidas regulatórias adequadas.⁴³

Não se pode negligenciar o papel da competitividade entre agentes econômicos no mercado de mídia como fator para a promoção do pluralismo e da diversidade de ideias, otimizando a difusão do conhecimento na sociedade. A defesa da concorrência pode e deve adequar-se às peculiaridades da economia da mídia, ainda que a competitividade do mercado não seja suficiente para solucionar todas as questões referentes à qualidade e pluralidade do produto midiático.

3.2 O caso Sky-DirectTV e o posicionamento do Cade

A análise concorrencial desenvolvida pelo Cade em atos de concentração no setor de comunicação social tem demonstrado que a defesa da concorrência no Brasil é insuficiente no tocante às particularidades da economia da mídia.

Dentre as operações apresentadas à autoridade, destaco o caso Sky/Directv (Atos de Concentração n. 53500.002423/2003 e 53500.029160/2004), que resultou na concentração das duas operadoras de televisão via satélite.

Em seu voto, o Relator do caso, o então Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado apresentou análise aprofundada sobre as especificidades da economia da mídia.⁴⁴

Ao final de sua análise teórica, apontou, ainda, importantes considerações sobre a relação entre os conceitos de eficiência, concentração e diversidade nos mercados televisivos. Neste trecho, o Conselheiro reconhece expressamente que a con-

43. Nesse sentido, ver ARIÑO, Mónica. Competition law and pluralism in European digital broadcasting: addressing the gaps. *Communications & Strategies* 54/124-125. Cabe, contudo uma ressalva à afirmação da autora de que o pluralismo não seria o objetivo da política concorrencial, mas apenas uma consequência da competitividade do mercado (idem, p. 117). Mais do que mero resultado possível da defesa da concorrência aplicada ao mercado midiático, o pluralismo deve, sim, estar na base da tomada de decisão da política econômica para o setor. As considerações sobre eficiência e interesse público abordadas ao longo deste trabalho indicam que a competitividade do mercado de mídia é condição mínima para que haja diversidade no oferecimento do produto midiático.

44. CADE. Atos de Concentração n. 53500.002423/2003 e 53500.029160/2004. Voto do Conselheiro relator Carlos Delorme Prado, 24.05.2006. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000229381716.pdf].

centração no setor implica consequências negativas para o consumidor, atingindo a pluralidade e diversidade do produto midiático. O estudo elaborado por Prado ficou restrito, entretanto, à teoria econômica e não influenciou a decisão final pela aprovação da operação.

Embora a aprovação tenha sido condicionada a algumas restrições contratuais que deveriam ser observadas pelas empresas no período posterior à consumação da operação, a autoridade de defesa da concorrência brasileira não demonstrou preocupações quanto ao controle concentrado sobre programação de televisão por assinatura.

Após a associação dos negócios das plataformas da Sky Brasil e Directv Brasil, todos os municípios que dependem da transmissão via satélite para o serviço de TV por assinatura ficariam sujeitos à oferta de conteúdo que compõe os pacotes de canais oferecidos pela nova companhia.

As conclusões sustentadas no voto em questão são sintomáticas. O Cade, apesar do crescente nível técnico na análise econômica apresentada em casos envolvendo o mercado de mídia, hesita em apontar remédios estruturais para garantir a diversidade no produto midiático. Não obstante a cooperação entre o Cade e a Anatel para apreciar as concentrações no mercado dos meios de comunicação social, a defesa da concorrência no mercado de mídia brasileiro ainda está muito aquém dos limites de sua atuação, restringindo a análise concorrencial a critérios de preço e eficiência.

Como demonstrado no caso Sky/Directv, a adequação da política de defesa da concorrência exige que o Cade incorpore considerações não econômicas à análise concorrencial das estruturas do mercado de mídia.

Para além da teorização dos efeitos potenciais da concentração sobre o pluralismo na mídia, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência deve apropriar-se das ferramentas concorrenciais disponíveis para salvaguardar a competitividade do mercado enquanto elemento essencial para o pluralismo e para a qualidade dos processos de escolha que estão na base da democracia, incluindo a própria capacidade dos cidadãos de verem na mídia o que de fato entendem por democracia.⁴⁵

4. CONCLUSÃO

A concentração estrutural verificada no mercado midiático brasileiro exige cautela no reconhecimento das ineficiências, uma vez que estas não se restringem ao aspecto econômico. O pluralismo e a diversidade são valores imprescindíveis para que o conteúdo midiático colabore para o enriquecimento do processo de escolha social.

45. Cf. BAKER, C. Edwin. *The Media that Citizens Need*. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 147, n. 2, p. 408.

Nesse cenário, a defesa da concorrência, adaptada às exigências da economia da mídia, assume papel fundamental para garantir que o mercado de ideias atenda às demandas do consumidor para viabilizar um legítimo processo de tomada de decisão, como pressuposto democrático que favorece a difusão do conhecimento e o desenvolvimento socioeconômico do País.

5. BIBLIOGRAFIA

- ALBARRAN, Alan B. *Media Economics. The Sage Handbook of Media Studies*. EUA: Sage Publications, 2004.
- ARIÑO, Mónica. Competition law and pluralism in European digital broadcasting: addressing the gaps. *Communications & Strategies*. n. 54. 2004.
- BAKER, C. Edwin. An economic critique of free trade in media products. *North Carolina Law Review*. vol. 78. 2000.
- _____. Media concentration: giving up on democracy. *Florida Law Review*. vol. 54. n. 5. 2002.
- _____. The media that citizens need. *University of Pennsylvania Law Review*. vol. 147. n. 2. 1998.
- BARENDT, Eric. *Broadcasting law: a comparative study*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- CADE. Atos de Concentração n. 53500.002423/2003 e 53500.029160/2004. Voto do Conselheiro relator Carlos Delorme Prado, 24.05.2006. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000229381716.pdf].
- COLLINS, Richard; MURRONI, Cristina. *New media, new policies: media and communications strategy for the future*. Cambridge/MA: Blackwell Publishers, 1996.
- CUILEMBURG, Jan Van. On competition, access and diversity in media, old and new: some remarks for communications policy in the information age. *New Media & Society*. vol. 1. n. 2. Londres: Sage, 1999.
- CURRAN, James et al. Media system, public knowledge and democracy: a comparative study. *European Journal of Communication*. vol. 24. p. 7. 2009. Disponível em: [http://ejc.sagepub.com/content/24/1/5].
- DOYLE, Gillian. *Understanding media economics*. Londres: Sage, p. 11.
- EUROPEAN COMMISSION GREEN PAPER. *Pluralism and media concentration in the internal market: an assessment of the need for community action*. dez. 1992. p. 19. Disponível em: [http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com92_46_en.pdf].
- FARACO, Alexandre Ditzel. Difusão do conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FEINTUCK, Mike. *Media regulation, public interest and the law*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1999.
- FERNANDES, André de Godoy. *Meios de comunicação social no Brasil: promoção do pluralismo, direito concorrencial e regulação*. Tese de Doutorado, São Paulo, 2009. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/21321de-02122009-152713/pt-br.ph].

- HALL, Stuart et al. *Policing the crisis: mugging, the state and law and order*. London: The Macmillan Press, 1978.
- HAYEK, Friedrich A. *Individualism and economic order*. Chicago: University of Chicago Press, 1948.
- ICN. *Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group: Report to the Third ICN Annual Conference*. Seoul, 2004, p. 2. Disponível em: [www.international-competitionnetwork.org/uploads/library/doc377.pdf].
- MARSDEN, Chris T. The European Digital Convergence Paradigm: From Structural Pluralism to Behavioural Competition. *The Journal of Information, Law and Technology*. n. 3. 1997. Disponível em: [www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1997_3/marsden1/].
- MCCHESENEY, Robert D. *The problem of the media: US communication politics in the twenty-first century*. New York: NYU Press, 2004.
- MCQUAIL, Denis. *Media performance: mass communication and the public interest*. Amsterdam: Sage, 1992.
- NAPOLI, Philip M. *Audience economics: media institutions and the audience marketplace*. Columbia University Press: New York, 2003.
- OCDE. OECD Policy Roundtables: Competition Issues in Television and Broadcasting, Background Note. 2013. Disponível em: [www.oecd.org/daf/competition/TV-and-broadcasting2013.pdf].
- PAVLIC, John V. Citizen Access, Involvement, and Freedom of Expression in an Electronic Environment. In: _____. *The people's right to know: Media, democracy, and the information highway*. London: Routledge, 2013.
- PEACOCK, Alan; RIZZO, Ilde (eds.). *Cultural economics and cultural policies*. Holanda: Kluwer Academic Publishers, 1994.
- PICARD, Robert. *Media economics: concepts and issues*. EUA: Sage, 1989.
- POLTRACK, David. *Television marketing: network, local, and cable*. New York: McGraw-Hill, 1983.
- POSSAS, Mario Luiz et al. *Política antitruste: um enfoque schumpeteriano*. Rio de Janeiro: Instituto de Economia Industrial da UFRJ, 1995. p. 21-25. Disponível em: [www.ie.ufrj.br/grc/docs/politica_antitruste_um_enfoque_schumpeteriano.doc].
- PRICE, Monroe E. The market for loyalties: electronic media and the global competition for allegiances. *Yale Law Journal*. vol. 104. 1994-1995.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. Regulação, desenvolvimento e meio ambiente. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e desenvolvimento – Novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SCHULTZ, Julianne. *Reviving the fourth state: democracy, accountability and the media*. Australia: Cambridge University Press, 1998.
- STIGLITZ, Joseph E. *The Price of Inequality*. EUA: W.W. Norton & Company, 2013.
- WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A importância das mídias sociais para empresas, de Mariana Vieira Ribeiro da Silva Romeiro – *RIBRAC* 23/307 (DTR\2013\3452), e
- Direito de concorrência e direito do consumidor em busca de maior proteção dos direitos dos consumidores, de Daniela Vasconcellos Gomes – *RIBRAC* 23/221 (DTR\2013\3445).

PADRÃO DE PROVA APLICÁVEL À DEMONSTRAÇÃO DE EFICIÊNCIAS ECONÔMICAS NO ÂMBITO DA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

GUSTAVO FLAUSINO COELHO

Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Grupo de Pesquisa Empresa e Atividades Econômicas - UERJ. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

RICARDO VILLELA MAFRA ALVES DA SILVA

Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Grupo de Pesquisa Empresa e Atividades Econômicas - UERJ. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial

RESUMO: O presente trabalho tem como objeto de estudo o padrão de prova aplicável à demonstração de eficiências em âmbito de análise de atos de concentração. Desde a década de 1960, especialmente após os trabalhos de Williamson e Bork, passando pelas ideias propagadas pela Escola de Chicago, o direito da concorrência aceita como válida a defesa da eficiência para que as partes de uma operação danosa pleiteiem a sua aprovação, ainda que com restrições. No entanto, ainda há incerteza sobre quais evidências as partes devem apresentar à autoridade concorrencial para que demonstrem suficientemente as eficiências geradas por seu ato.

PALAVRAS-CHAVE: Defesa da eficiência – Balanceamento de efeitos – Controle de estruturas – Análise prévia – Padrão de prova.

ABSTRACT: This study aims to analyze the standard of proof applicable to efficiency allegations in merger control cases. Since the 1960's, especially after the works of Williamson and Bork, as well as the theories of the Chicago School in general, competition law has granted the efficiency defense for parties seeking the approval of a potentially harmful merger, even if subject to restrictions. However, there is uncertainty about what evidences the parties must present to the competition authority in order to sufficiently demonstrate the efficiency of their transaction.

KEYWORDS: Efficiency defense – Welfare tradeoff – Market structures control – Pre-merger control – Standard of proof.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A eficiência como defesa – 3. A verificação das eficiências e o ônus de sua demonstração: 3.1 A necessidade de verificação da existência de eficiências; 3.2 Objeto da prova e alocação do ônus probatório em âmbito de análise de atos de concentração – 4. O padrão de prova referente à demonstração de eficiências – 5. Conclusão e perspectivas – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Desde¹ 1890, quando o *Sherman Act* foi promulgado nos Estados Unidos da América, passando pelas profundas transformações introduzidas pelo pensamen-

1. Recomendação ao Prêmio IBRAC TIM 2014.

to da Escola de Chicago na segunda metade do Século XX, o direito da concorrência tem desenvolvido método próprio de aplicação de seus preceitos. Com a tendência da Suprema Corte norte-americana, durante as décadas de 1950 e 1960, de utilizar as leis de defesa da concorrência para proteger pequenos negócios (*small businesses*), que culminou na controversa decisão tomada no caso *Brown Shoe*,²⁻³ iniciou-se um movimento de maior racionalização econômica do direito da concorrência.

Um dos primeiros passos foi tomado por Oliver Williamson. Criticando as premissas estabelecidas pela Suprema Corte norte-americana no caso *Brown Shoe*, o economista clamou pela consideração das possíveis eficiências geradas por atos de concentração⁴ e seu balanceamento (*tradeoff*) com as eventuais ineficiências resultantes da concentração de poder de mercado.⁵ Subsequentemente, Robert Bork publicou sua famosa obra "*The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*",⁶ expondo incongruências na política de defesa da concorrência norte-americana e defendendo sua aplicação com base em racionalidade econômica, privilegiando o bem-estar do consumidor.⁷⁻⁸ Desde então, observou-se uma tentativa de racionalização da

-
2. *Brown Shoe Co. vs United States*, 370 U.S. 294, 82 S.Ct. 1502, 8 L.Ed.2d 510 (1962).
 3. "In an opinion by Chief Justice Warren, the Court condemned Brown Shoe's acquisition of a rival firm (both firms produced and distributed shoes). Much of the analysis the Court undertook was sound. (...) Yet, the Court suggested that an increase in efficiency, even if it led to lower costs to consumers, would not save this merger" (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: an integrated handbook*. St. Paul: West Publishing Co., 1994. p. 556).
 4. Denominados genericamente de "mergers". Importante lembrar que a análise concorrencial de negócios jurídicos tem com base na *Section 7* do *Clayton Act*, cujo escopo foi ampliado com a promulgação do *Celler-Kefauver Act* em dezembro de 1950. Acerca do alcance desse dispositivo, Sullivan e Grimes afirmam que "[t]he Amendment made two major changes: (1) Section 7 was made applicable to all mergers, whether by acquisition of stocks or assets; and (2) the statement of requisite competitive effect was broadened to cover any substantial reduction in competition, not just competition between the acquired and acquiring firms, thus capturing the foreclosure or cost-raising effects of a merger on rivals" (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S., op. cit., p. 555).
 5. WILLIAMSON, Oliver E. Economics as an antitrust defense: the welfare tradeoffs. *The American Economic Review* 58/18-36. Pittsburgh, 1968.
 6. BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: The Free Press, 1993.
 7. No entendimento de Bork, o direito da concorrência protegeria o bem-estar do consumidor ao privilegiar a eficiência produtiva e eficiência alocativa. Cf. BORK, Robert H., op. cit., p. 405-407.
 8. Segundo Sokol, Bork defendeu o bem-estar do consumidor em razão da maior facilidade de convencer o grande público e os tribunais sobre o objetivo da defesa da concorrência. Contudo, ao mencionar o bem-estar do consumidor, Bork queria se referir ao bem-estar

análise concorrencial, especialmente com a edição de guias de análise pelas autoridades concorrenciais norte-americanas⁹ a partir de 1968.¹⁰

No Brasil, a política de defesa da concorrência passou a ter maior vigor a partir da promulgação da Lei 8.884/1994¹¹ – que, não por acaso, coincidiu com diversas reformas na economia brasileira de caráter neoliberal¹² e medidas para estabilização da moeda.¹³ Durante a vigência da Lei 8.884/1994, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”), criado pela Lei 4.137/1962, ganhou reputação, auto-

total. “He wrote that the sole goal of antitrust was consumer welfare, largely because ‘consumer’ was an easier sell to a broader audience in terms of the goal (as the 1960s and 1970s saw the birth of the consumer movement). However, by consumer welfare, Bork meant total welfare. He merely appropriated the word consumer because this was easier for courts to understand the concept” (SOKOL, D. Daniel. *The Transformation of Vertical Restraints: Per Se Illegality, the Rule of Reason and Per Se Legality*. Disponível em [http://ssrn.com/abstract=2297365]. Acesso em: 27.08.2014).

9. “Agency merger guidelines are designed to provide an outline of the analytical process the agency will use to assess a proposed merger and to provide some indication of which mergers are most likely be challenged” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S., op. cit., p. 576).
10. O *merger guidelines* de 1968 foi posteriormente substituído por novas versões em 1982, 1984, 1992 (revisado em 1997) e 2010. Para uma revisão dos guias até 1992, cf. SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S., op. cit., p. 559. Para análise dos guias até 2006, cf. AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Mergers and Acquisitions: understanding the antitrust issues*. 3. ed. Chicago: Illinois, 2008. p. 20-24.
11. Forgioni debate acerca de leis anteriores à Lei 8.884/1994 que buscavam proteger a livre concorrência. Tais diplomas, no entanto, tiveram aplicação limitada. Cf. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 84 e ss.
12. “No Brasil, a relação entre Estado e Mercado se estruturou sob o signo da complementariedade, em que o poder econômico concentrado não significou um limite às políticas macroeconômicas. A engenharia das políticas, quando não ajudava a estruturar esse poder, tomava-o como um dado da realidade sobre o qual a atuação do Estado poderia incidir principalmente na forma de ação econômica direta, via empresas estatais. Era essa a principal política industrial, voltada à dinâmica setorial das cadeias produtivas, ajudando a eliminar gargalos verticais. Nesse contexto, a intervenção microeconômica não visava, por meio da típica ação antitruste, fortalecer a racionalidade de livre mercado. A virada nesse processo começou a ocorrer na década de 1990, com a reestruturação patrimonial do Estado Brasileiro, identificada com o processo de privatizações e surgimento de agências de regulação. O discurso da retirada do Estado dá espaço para o surgimento da defesa da concorrência como fonte de intervenção estatal” (CARVALHO, Vinícius Marques de et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 21).
13. “Após o fracasso dos Planos Collor I e II e a crise política que marcaram o começo do período, iniciou-se com o Plano Real, a partir de 1994, um processo de estabilização do valor da moeda” (YAZBEK, Otavio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 278).

nomia institucional e maior força política.¹⁴ Adicionalmente, foi durante este período que o Cade solidificou sua metodologia para análise de atos de concentração, prevista no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (o “Guia Brasileiro”).¹⁵

Atualmente, encontra-se em vigor a Lei 12.529/2011, cujas modificações mais relevantes – no âmbito do controle de estruturas – foram a unificação das competências para análise de atos de concentração no Cade e a instituição do sistema prévio de notificação.¹⁶⁻¹⁷

Embora, no ordenamento jurídico brasileiro, seja amplamente aceita a ideia de que uma operação que resulte em concentração de mercado possa ser aprovada se gerar eficiências que compensem seus efeitos negativos, ainda não é claro qual o padrão de prova aplicável à demonstração de tais eficiências.

Considerando a importância da defesa da eficiência no direito concorrencial, este estudo dedica-se à questão do padrão de prova aplicável à demonstração de eficiências em análises de atos de concentração. É de suma importância fornecer critérios e premissas claros para orientar os agentes econômicos na elaboração das

14. Conforme relatório elaborado em 2010 pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos sobre a política de defesa da concorrência no Brasil (ainda sob a vigência da Lei 8.884/1994), “[o] novo sistema de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência ganhou rapidamente reputação de profissionalismo e esforço, ao mesmo tempo em que suas decisões refletiam um novo entendimento da política e análise da concorrência” (OCDE. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris, 2010). Segundo Forgioni, “a análise das decisões do Cade demonstra que, não obstante os equívocos e exageros naturais para uma agência que vem se consolidando, elevou-se a qualidade das análises empreendidas” (FORGIONI, Andrea, op. cit., p. 122).

15. Editado por meio da Portaria Conjunta 50/2001, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

16. Para análise das principais mudanças introduzidas pelo novo diploma, cf. FORGIONI, Paula, op. cit., p. 123 e 124.

17. Cf. art. 88, § 3.º da Lei 12.529/2011:

“Art. 88. (...).

§ 3.º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.”

A aprovação do Cade é, portanto, condição suspensiva para a eficácia de atos e contratos de notificação obrigatória. Nos termos do artigo 125 da Lei 10.406/2002, “[s]ubordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa”.

projeções e modelos econômicos que utilizarão como evidência da criação de eficiências por suas operações.

Acredita-se que o mencionado padrão de prova deve levar em consideração a dificuldade da demonstração de eficiências,¹⁸ que é um exercício essencialmente prospectivo. Além disso, nem sempre há informações suficientes para fundamentar as alegações de eficiências, enquanto os dados acerca de concentração de mercado e rivalidade sejam razoavelmente abundantes.¹⁹ Os dados que sustentam a demonstração tanto das eficiências como dos efeitos negativos da concentração de mercado são fornecidos, precipuamente, pelas próprias partes envolvidas no negócio jurídico submetido à análise do Cade.²⁰ Assim, a escassez de informações seguras sobre os efeitos benéficos de uma operação é consequência da própria fonte de tais dados, isto é, as partes do negócio jurídico.²¹ Isto ocorre, principalmente, pois a análise das eficiências é essencialmente pautada em projeções de cenários futuros, o que inerentemente implica em certo grau de incerteza.²²

Em um claro diagnóstico da dificuldade relatada acima, a Superintendência-Geral do Cade afirmou recentemente, no âmbito de uma operação submetida à

-
18. "Competition authorities and merging parties recognise that efficiency claims have to be evidence-based and quantifiable. For competition authorities, the evaluation of anticipated efficiencies is a difficult task since the type of efficiencies claimed and the role of such claims in the assessment of different antitrust cases vary significantly. It is widely acknowledged that it is often difficult to obtain reliable and adequate data which is crucial to estimate sound economic models. Further, there is a risk that economists provide parties with different models that come to different conclusions. This, however, should not imply that efficiency considerations are not given appropriate weight in antitrust assessment" (OCDE. *The role of efficiency claims in antitrust proceedings*. Paris, 2012. p. 7).
 19. Dados como participações de mercado, entradas e saídas de agentes econômicos, custos e necessidades de capital, dentre outros, são razoavelmente abundantes. Em alguns setores, é possível obter tais informações junto a associações profissionais, que as coletam ao longo dos anos. No entanto, dados históricos com relação a sinergias e eficiências provenientes de atos de concentração não são de fácil obtenção. Em primeiro lugar, esses dados geralmente são mantidos sob confidencialidade pelos agentes econômicos. Em segundo lugar, a experiência passada pode não servir para projeções futuras, pois o aproveitamento de sinergias e economias depende de fatores internos (eficiência na integração de negócios anteriormente independentes, questões contábeis e tributárias, pendências legais e burocráticas etc.) e externos (conjuntura micro ou macroeconômica, condições de mercado, presença de novos agentes, dentre outros).
 20. Por força, principalmente, da Resolução 2/2012.
 21. Assim, segundo ressaltado pela OCDE, "while competition authorities require evidence if not to quantify, at least to qualitatively assess possible efficiencies, such evidence may be incomplete or not available at all" (OCDE, op. cit., p. 33).
 22. De acordo com o item 72 do Guia Brasileiro, "[o]s incrementos de eficiência são difíceis de se verificar e quantificar, em parte porque as informações necessárias se referem a eventos futuros".

sua análise, que “não foram apresentadas evidências seguras de que os ganhos de eficiência resultantes da operação possam superar a perda de bem-estar agregado resultante da concentração de poder de mercado”, concluindo, desta forma, que as eficiências alegadas eram incertas.²³

Tendo em vista a relevância das eficiências econômicas no método do direito concorrencial, é importante esclarecer o padrão de prova aplicável à sua demonstração.

2. A EFICIÊNCIA COMO DEFESA

A ideia da alegação de eficiências como justificativa para aprovação de uma operação que apresenta danos ao mercado foi introduzida por Oliver Williamson, em seu artigo “Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs”. A ideia defendida pelo autor é bem traduzida na questão que utiliza para introduzir o assunto: “nos casos em que eficiências e consequências do poder de mercado coexistem, as eficiências podem ser ignoradas com o fundamento de que o poder de mercado invariavelmente prevalecerá”²⁴? Para responder à questão, Williamson desenvolveu modelo para verificar se as economias de uma operação (“*cost saving*”) superam os prejuízos causados pelo seu peso morto (“*dead-weight loss*”).

O trabalho de Williamson introduziu a premissa – amplamente aceita na atualidade – de que a política de defesa da concorrência deve buscar cenários em que os efeitos líquidos para a sociedade sejam positivos. Em outras palavras, o direito da concorrência deve beneficiar situações nas quais os ganhos de eficiência e economias superem os efeitos danosos.²⁵⁻²⁶

23. Parecer técnico 189, de 20.06.2014, emitido no âmbito do Ato de Concentração 08700.000436/2014-27.

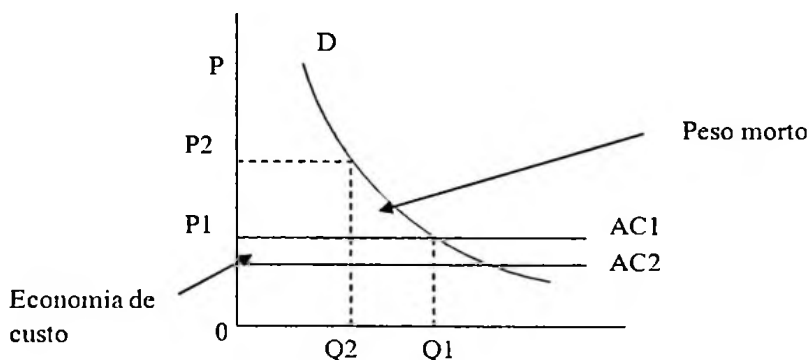
24. Tradução livre de: “[i]n the occasional case where efficiency and market power consequences exist, can economies be dismissed on the grounds that market power effects invariably dominate”? (WILLIAMSON, Oliver E., op. cit., p. 18).

25. Tais situações podem ser descritas como cenários eficientes do ponto de vista do Ótimo de Pareto de acordo com o critério de Kaldor-Hicks. Uma situação é considerada Pareto eficiente quando resulta em situação com diversos ganhadores e nenhum perdedor. O Ótimo de Pareto pelo critério de Kaldor-Hicks, por outro lado, considera eficientes cenários com ganhadores e perdedores, desde que os ganhos dos ganhadores superem a perda dos perdedores; isto é, desde que o resultado líquido seja positivo. Neste sentido, cf. GOLDBERG, Daniel K. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Ed. Singular, 2006. p. 40 e ss.

26. A ideia da busca por cenários cujos efeitos líquidos sejam positivos para a coletividade também é utilizada no campo da teoria geral do direito. Ao comparar os quadros normativos baseados na aplicação da lei baseada em critérios puramente axiológicos e aqueles baseados na aplicação da lei de forma a incrementar o bem-estar dos indivíduos, Kaplow

Para demonstrar sua teoria, Williamson utiliza o que denominou de “Modelo Ingênuo” (*The Naive Tradeoff Model*), que leva em consideração apenas a economia de custos médios de produção e o aumento de preço gerados por um ato de concentração.²⁷

O modelo pode ser representado pelo gráfico abaixo:²⁸



O modelo representa a variação de preço antes (P_1) e depois (P_2) de um ato de concentração, assim como a redução da oferta causada pela operação, representada pela diferença entre a quantidade de bens ofertada antes (Q_1) e depois (Q_2) da operação. Além disso, o modelo leva em consideração também a redução dos custos médios de produção, representada pela diferença entre AC_1 e AC_2 .

Sem entrar no mérito da conclusão alcançada por Williamson após testar sua teoria²⁹ – por não ser objeto de discussão do presente estudo – o modelo

e Shavell defendem os últimos em detrimento dos primeiros. “Our first argument, that advancing notions of fairness reduces individuals’ well-being, is in fact tautological on a general level. By definition, welfare economic analysis is concerned with individuals’ well-being, whereas fairness-based analysis (to the extent that it differs from welfare economic analysis) is concerned with adherence to certain stipulated principles that do not depend on individuals’ well-being. Thus, promoting notions of fairness may involve a reduction in individuals’ well-being” (KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Fairness versus welfare*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 7).

27. Williamson intitulou seu modelo de “ingênuo” justamente por analisar os efeitos de uma operação sem levar em consideração alguns dos fatores que podem afetar os seus resultados. Alguns destes fatores são analisados pelo autor. Neste sentido, cf. WILLIAMSON, Oliver E., op. cit., p. 23 e ss.
28. Extraído de WILLIAMSON, Oliver E., op. cit., p. 21.
29. Segundo o autor, “[t]he naive model thus supports the following proposition: a merger which yields non-trivial real economies must produce substantial market power and result in relatively large price increases for the net allocative effects to be negative” (WILLIAMSON, Oliver E., op. cit., p. 23).

proposto pelo autor demonstra que os efeitos de um ato de concentração serão positivos caso a operação produza economias de custos médios de produção que superem o aumento de preço resultante. Em suma, portanto, o modelo busca demonstrar as ineficiências alocativas e eficiências produtivas geradas por uma operação.³⁰

Reconhecendo o mérito do modelo de Williamson, o direito concorrencial passou a admitir a demonstração de eficiências como justificativa para aprovação de operações que resultem em aumento do poder de mercado e criação de ineficiências.³¹ Adicionalmente, embora Williamson e Bork tenham dado maior ênfase às eficiências estáticas em seus estudos, o direito da concorrência passou a preocupar-se também com as eficiências dinâmicas,³² especialmente após os trabalhos de Schumpeter.³³

No Brasil, a Lei 12.529/2011 determina que, para justificar a aprovação de uma operação, as eficiências devem:³⁴ (i) cumulada ou alternativamente, (a) aumentar a produtividade ou a competitividade, (b) melhorar a qualidade de bens ou serviços, ou (c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e (ii) ter parte relevante de seus benefícios repassados aos consumidores.

Apesar de a defesa da eficiência ser atualmente aceita, ela é sujeita a diversos critérios que buscam assegurar que os seus benefícios serão compartilhados com a coletividade. Além disso, a demonstração de eficiências é sujeita a critérios rigorosos de prova.

30. "This diagram can be used to illustrate all antitrust problems, since it shows the relationship of the only two factors involved, allocative inefficiency and productive efficiency" (BORK, Robert H., op. cit., p. 108).

31. Foi também de suma importância para evolução da teoria da defesa da concorrência o embate entre as Escolas de Harvard e Chicago na segunda metade do século XX, que opôs o pensamento baseado no estruturalismo da Escola de Harvard e a ideia da aplicação das leis concorrenciais pautada em rigoroso racional econômico, conforme pregava a Escola de Chicago. Cf. FORGIONI, Paula, op. cit., p. 163-178.

32. "As to the second trade-off (static vs. dynamic efficiency), there can be sectors or industries where innovation is greater when firms have the possibility to acquire a monopolist position, at least temporarily, and thus charge a price which is above marginal cost during such a period. In these sectors competition mainly occurs through 'races' to innovate rather than through price setting, in a process known as Schumpeterian rivalry, after the economist Joseph Schumpeter who listed innovation as a central feature of modern economies" (OCDE, op. cit., p. 15).

33. Joseph Schumpeter desenvolveu teoria que ficou marcada pela sua ênfase à inovação e à transformação que o surgimento de novas tecnologias é capaz de causar na economia, posicionando as eficiências dinâmicas no centro das discussões econômicas (SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, socialism and democracy*. Nova Iorque: Routledge, 2003. p. 84 e 85).

34. Art. 88, § 6.º, da Lei 12.529/2011.

3. A VERIFICAÇÃO DAS EFICIÊNCIAS E O ÔNUS DE SUA DEMONSTRAÇÃO

3.1 *A necessidade de verificação da existência de eficiências*

A teoria de Williamson foi de suma importância por ter estabelecido as bases do necessário balanceamento entre eficiências e efeitos danosos de um ato de concentração; no entanto, não houve maiores preocupações com relação aos critérios aplicáveis ao ônus da demonstração e verificação das eficiências. Neste contexto, importantes refinamentos ao modelo de Williamson foram introduzidos pela prática concorrencial norte-americana e, posteriormente, incorporados pelo quadro normativo brasileiro.

A utilização das eficiências criadas por uma operação (com potencial de dano ao mercado) como justificativa para sua aprovação, portanto, é sujeita a determinados critérios que devem ser demonstrados pelas partes.

Conforme visto, a Lei 12.529/2011 requer que parte relevante das eficiências seja partilhada com os consumidores. O Guia Brasileiro determina,³⁵ ainda, que as eficiências devem ser: (i) específicas do ato, o que implica dizer que não podem ser alcançáveis por outra via menos danosa que a operação;³⁶ (ii) alcançadas em um período máximo de 2 (dois) anos após a operação e por meio de vias factíveis;³⁷

35. Itens 70 a 73 do Guia Brasileiro.

36. Ainda que a via menos danosa seja a aquisição de um rival menor. “Para que uma eficiência seja específica à operação, é necessário que ela não possa ser alcançada por nenhum outro meio, inclusive por nenhuma outra operação que gerasse menor concentração de mercado” (Cade, Ato de Concentração 08012.001383/2007-91, j. 17.06.2009, rel. Cons. Paulo Furquim de Azevedo).

37. O aproveitamento de eficiências é, em conjunto com a questão do compartilhamento dos ganhos com os consumidores, um dos motivos pelos quais o Cade não tem considerado, para fins de contabilização de eficiências, a economia de custos fixos. Segundo a jurisprudência do órgão, as economias de custos fixos não seriam aproveitadas em espaço de dois anos após a realização da operação e dificilmente seriam repassados ao consumidor. Neste sentido: “[a] jurisprudência recente do Cade, de modo geral, vem considerando como contabilizáveis apenas eficiências decorrentes de reduções de custo variável (ou predominantemente variável), não aceitando, a princípio, reduções de custo fixo (semelhantemente ao critério geral do FTC, que não considera, em regra, ‘eficiências relacionadas apenas com custos fixos’). (...) Essa posição se baseia, em suma, no fato de que, em regra, apenas reduções de custo variável resultam, em curto prazo, em reduções nos preços finais dos produtos, ao contrário de reduções de custos fixos, cujos reflexos sobre os preços, se observáveis, normalmente tendem a não ocorrer em um prazo razoável”. Trecho retirado do voto do Conselheiro Carlos Ragazzo emitido no Ato de Concentração 08012.004423/2009-18 (CADE, Ato de Concentração 08012.004423/2009-18, rel. Cons. Ricardo Machado Ruiz, j. 13.07.2011).

e (iii) verificáveis, devendo as partes especificar razoavelmente como e quando as alegadas eficiências serão alcançadas.

A dificuldade em se utilizar a eficiência na análise antitruste está, principalmente, na terceira exigência do Guia Brasileiro, isto é, na verificação – ou, na perspectiva das partes que apresentam a operação, a demonstração – das eficiências geradas pelo negócio jurídico que se pretende aprovar.

Nos Estados Unidos da América, o *Horizontal Merger Guidelines* de 2010 (o “Guia Norte-Americano”) afirma que as eficiências não são reconhecidas quando são “vagas, especulativas ou, de outra forma, não podem ser verificadas por meios razoáveis”. Adicionalmente, “projeções de eficiências podem ser vistas com ceticismo, particularmente se geradas fora do processo usual de planejamento de negócios”.³⁸

Assim, a existência de eficiências deve ser demonstrada de forma razoavelmente segura, com base em fontes confiáveis, que não sejam decorrentes de projeções irreais ou de difícil concretização.

3.2 Objeto da prova e alocação do ônus probatório em âmbito de análise de atos de concentração

Apesar da natureza judicante do Cade,³⁹ a autarquia não atua em âmbito de análise de atos de concentração como um juiz que se debruça sobre pedidos contrapostos de duas partes antagônicas. Não há, neste tipo de procedimento, “relação jurídico-substancial travada ou disputada entre as partes e que se tornou controvertida em face de um conflito de interesses qualificado por pretensão de um e pela resistência do outro”.⁴⁰ Consequentemente, quando analisa se deve ou não aprovar uma operação, ou se deve aprová-la com ou sem restrições, o Cade não busca descobrir qual das partes tem seu direito demonstrado de forma mais clara pelas provas juntadas aos autos do processo. Ao contrário, o CADE busca formar seu convencimento com base nas informações fornecidas por partes que compartilham o mesmo interesse (isto é, obter a aprovação da autarquia para o

38. “Efficiency claims will not be considered if they are vague, speculative, or otherwise cannot be verified by reasonable means. Projections of efficiencies may be viewed with skepticism, particularly when generated outside of the usual business planning process” (U.S. Department of Justice; Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*. Disponível em: [www.justice.gov]. Acesso em: 17.08.2014).

39. Conforme art. 4.º da Lei 12.529/2011: “[o] Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei”.

40. THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 62.

seu negócio jurídico),⁴¹ sendo a veracidade de tais informações presumida até que se prove o contrário.⁴²

Ademais, dado o caráter precipuamente prospectivo da análise de atos de concentração⁴³ – muito embora a avaliação dos efeitos da operação seja em parte pautada por dados históricos do mercado⁴⁴ – o Cade não deve exigir a prova de que efeitos negativos ou positivos serão gerados por uma operação. A autarquia deve buscar, por meio dos dados fornecidos pelas partes, entender se há condições para que tais efeitos negativos ou positivos ocorram.

Neste sentido, não se deve exigir que as partes comprovem que haverá entrada de novos concorrentes no mercado no período de dois anos após a operação, mas sim que haverá condições e incentivos econômicos para a entrada. No mesmo sentido, não se deve exigir que o Cade comprove que as partes usarão seu poder de mercado para restringir a oferta e aumentar os preços, mas sim que haverá condições para que essa conduta seja eficaz e não sofra resistência de rivais. Em outras palavras, o objeto da prova⁴⁵ em âmbito de análise de atos de concentração não é

-
41. Deve-se ressaltar, no entanto, a possibilidade de intervenção de terceiros interessados nos procedimentos de análise de atos de concentração, conforme o inc. I do art. 50 da Lei 12.529/2011. Neste caso, a análise do ato de concentração poderia assumir dinâmica similar à dos processos judiciais, opondo interesses contrários de diversas partes. No entanto, tal terceiro não seria parte no sentido material, agindo como uma espécie de *amicus curiae*. Sobre a diferença entre parte no sentido material e parte no sentido processual, cf. THEODORO JR., Humberto, op. cit., p. 101 e ss.
42. Conforme o art. 91 da Lei 12.529/2011, “[a] aprovação de que trata o art. 88 desta Lei poderá ser revista pelo Tribunal, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados”. O art. 62 do mesmo diploma também permite que a autarquia se recuse a aprovar um ato de concentração caso as informações fornecidas pelas partes sejam posteriormente apontadas como falsas ou enganosas: “[e]m caso de recusa, omissão, enganabilidade, falsidade ou retardamento injustificado, por parte dos requerentes, de informações ou documentos cuja apresentação for determinada pelo Cade, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, poderá o pedido de aprovação do ato de concentração ser rejeitado por falta de provas, caso em que o requerente somente poderá realizar o ato mediante apresentação de novo pedido, nos termos do art. 53 desta Lei”. Ademais, a prestação de informações falsas ou enganosas é punida com multa pecuniária, conforme dispõem o parágrafo único do art. 91 e o art. 43 da Lei 12.529/2011.
43. Especialmente após a instituição da análise prévia de atos de concentração, conforme §§ 4.º e 5.º do art. 88 da Lei 12.529/2011.
44. A título de exemplo, o Anexo I da Res. Cade 2/2012 exige o fornecimento pelas partes, em diversos itens, de dados referentes a períodos passados. Vide, por exemplo, itens VIII.1, IX.13, IX.15 e IX.16.
45. “Toda prova há de ter um objeto, uma finalidade, um destinatário, e deverá ser obtida mediante meios e método determinados. A prova judiciária tem como objeto os fatos deduzi-

a produção dos efeitos alegados ou refutados pelas partes. O objeto da prova na análise de atos de concentração refere-se às condições de mercado que possibilitam ou refutam a concretização dos efeitos alegados pelas partes.

Com relação ao ônus probatório, o art. 333 da Lei 5.869/1973 ("CPC") estabelece que o ônus da prova é alocado ao autor com relação ao fato constitutivo de seu direito e ao réu com relação a fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito alegado pelo autor.⁴⁶ Além disso, a Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, determina que o ônus da prova de um fato cabe à parte interessada que o tenha alegado.⁴⁷

Adaptados para a dinâmica da análise do ato de concentração, o significado do art. 333 do CPC e do art. 36 da Lei 9.784/1999 parece indicar que cabe ao Cade provar que há condições para a geração de danos ao mercado por uma operação de modo a fundamentar sua eventual reprovação ou restrição, enquanto às partes do negócio jurídico analisado cabe demonstrar que há também condições para a geração de eficiências.

Tendo em vista que a eficiência é uma defesa alegada para justificar a aprovação de uma operação, parece razoável supor que o ônus de demonstrar a existência de condições para sua concretização recai sobre as partes do ato de concentração cuja aprovação é pleiteada.

4. O PADRÃO DE PROVA REFERENTE À DEMONSTRAÇÃO DE EFICIÊNCIAS

Viu-se que o objeto da prova acerca da demonstração de eficiências refere-se à existência de condições mercadológicas para a concretização dos benefícios alegados. Ademais, concluiu-se que o ônus de demonstrar a existência de tais condições recai sobre as partes que pleiteiam a aprovação de um ato de concentração. Cabe analisar agora qual é o padrão de prova exigido para a demonstração de eficiências. Afinal, quando se deve considerar que a possibilidade da geração de eficiências foi suficientemente demonstrada pelas partes?

O Guia Norte-Americano considera que as eficiências serão consideradas pelas autoridades caso elas sejam razoavelmente verificáveis. Além disso, determina que

dos pelas partes em juízo. Sua finalidade é a formação da convicção em torno dos mesmos fatos. O destinatário é o juiz, pois é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar a solução jurídica ao litígio" (THEODORO JR., Humberto, op. cit., p. 462).

46. "Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."

47. "Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei."

as projeções e previsões das partes acerca da existência de efeitos benéficos devem ser elaboradas com base em processos usuais de planejamento de negócios (*usual business planning process*).

Esclarecendo o significado da verificação de eficiências alegadas pelas partes, os Comentários ao Guia de Análise de Concentrações Horizontais de 2006⁴⁸ estabelecem que as autoridades devem ter seu foco voltado às premissas dos modelos propostos pelas partes e à forma como as suas projeções se comportam frente a modificações de tais premissas.⁴⁹ A preocupação das autoridades norte-americanas, portanto, não se relaciona apenas às informações fornecidas pelas partes, mas também à robustez dos modelos e projeções por elas propostos para demonstrar a existência de eficiências.⁵⁰ Caso as projeções não sejam fundamentadas em dados e métodos seguros ou caso haja um descolamento entre a realidade do mercado e os modelos propostos, a alegação de eficiência será provavelmente refutada pelas autoridades concorrenciais.⁵¹

No caso *FTC v. Staples, Inc.*,⁵² o Poder Judiciário norte-americano decidiu que as partes não precisam provar de forma indubitável a existência de eficiências geradas por sua operação. Segundo a decisão, basta que as partes demonstrem que o modelo que prevê a geração de efeitos negativos substanciais não é inteiramen-

48. U.S. Department of Justice; Federal Trade Commission. Commentary on the Horizontal Merger Guidelines. Disponível em: [www.justice.gov]. Acesso em: 24.08.2014. Apesar de os comentários terem sido elaborados com relação ao Guia emitido em 1992 e revisado em 1997, a definição de "cognizable efficiencies" permaneceu a mesma no Guia Norte-Americano emitido em 2010.

49. "The verification process usually includes, among other things, an assessment of the parties' analytical methods, including the accuracy of their data collection and measurement, an evaluation of the reasonableness of assumptions in the analysis, and scrutiny into how well the parties' conclusions stand up to modifications in any assumptions (i.e., the 'robustness' of the parties' analysis)" (U.S. Department of Justice; Federal Trade Commission, op. cit.).

50. Neste sentido, "the FTC staff report recognizes that, because efficiencies claims necessarily deal with projecting probabilities, a clear and convincing standard would be almost impossible to meet. Still, the agency officials occasionally acknowledge that the proffered evidence of efficiencies must overcome a substantial skepticism that such claims are exaggerated – a skepticism that stems from the fact that the merging parties usually control the evidence required to evaluate the efficiency claims" (AMERICAN BAR ASSOCIATION, op. cit., p. 271).

51. "After the parties present their claimed merger specific efficiencies, the agencies attempt to verify the claims, assessing the parties analytical methods, verifying the accuracy of the parties' data collection and measurement and evaluating the reasonableness of the assumptions underlying the analysis" (AMERICAN BAR ASSOCIATION, op. cit., p. 272).

52. *FTC v. Staples, Inc.*, 970 F. Supp. 1066 (D.D.C. 1997).

te correto, apresentando estimativas divergentes fundamentadas em análises sólidas.⁵³ Portanto, já neste caso, foi demonstrada maior preocupação com relação aos métodos utilizados para obter resultados acerca dos efeitos produzidos por uma operação do que com relação aos resultados em si.

Já no caso *FTC v. H.J. Heinz Co.*,⁵⁴ o tribunal afirmou que alguns tipos de eficiência podem ser mais fáceis de demonstrar do que outros. Como exemplo, a decisão cita a transferência de custos de uma planta industrial para outra anteriormente segregada como uma eficiência fácil de ser comprovada, enquanto ganhos resultantes de pesquisa e desenvolvimento seriam mais difíceis de serem demonstrados.⁵⁵ Considerando que, via de regra, as partes possuirão informações tanto acerca das eficiências “fáceis” de provar, quanto das “difíceis”, parece razoável supor que a decisão indica que a maior facilidade ou dificuldade de demonstrar uma eficiência relaciona-se à previsibilidade do método utilizado para prová-la e não ao acesso aos dados necessários para tal informação.

No Brasil, a questão da demonstração das eficiências foi analisada de forma profunda no voto emitido pelo Conselheiro Carlos Ragazzo⁵⁶ no ato de concentração

53. Este entendimento reflete a preocupação de não onerar as partes com a obrigação de demonstrar, sem sombra de dúvidas, determinado fato (geração de eficiências), enquanto as autoridades concorrenciais devem apenas demonstrar uma possibilidade (abuso do poder de mercado). Segundo a decisão, “the Court recognizes a difference between efficiencies which are merely speculative and those which are based on a prediction backed by sound business judgment. Nor does the Court believe that the defendants must prove their efficiencies by ‘clear and convincing evidence’ in order for those efficiencies to be considered by the Court. That would saddle Section 7 defendants with the nearly impossible task of rebutting a possibility with a certainty, Instead, like all rebuttal evidence in Section 7 cases, the defendants must simply rebut the presumption that the merger will substantially lessen competition by showing that the Commission’s evidence gives an inaccurate prediction of the proposed acquisition’s probable effect”.

54. *FTC v. H.J. Heinz Co.*, 246 F3d. 708 (D.C.Cir. 2001).

55. Neste sentido: “[t]he Agency has found that certain types of efficiencies are more likely to be cognizable and substantial than others. For example, efficiencies resulting from shifting production among facilities formerly owned separately, which enable the merging firms to reduce the marginal cost of production, are more likely to be susceptible to verification, merger-specific, and substantial, and are less likely to result from anticompetitive reductions in output. Other efficiencies, such as those relating to research and development, are potentially substantial but are generally less susceptible to verification and may be the result of anticompetitive output reductions. Yet others, such as those relating to procurement, management, or capital cost are less likely to be merger-specific or substantial, or may not be cognizable for other reasons”.

56. Apesar de o voto não ter prevalecido na decisão final do Cade, sua importância é indiscutível, tendo em vista que estabeleceu importantes premissas para a análise concorrencial de atos de concentração, em razão de sua profundidade e detalhamento.

envolvendo as concorrentes Sadia S.A. e Perdigão S.A.⁵⁷ Em seu voto, o Conselheiro defendeu que estimar e quantificar eficiências não são tarefas simples, pois exigem “projeção futura, de difícil mensuração (impossível, para parte da literatura),⁵⁸ que comumente depende de vários fatores e que pode ou não se concretizar, em

57. Cade, Ato de Concentração 08012.004423/2009-18, j. 13.07.2011, rel. Cons. Ricardo Machado Ruiz.

58. O Conselheiro Ragazzo fundamenta sua afirmação em BORK, Robert H., op. cit., p. 124-129. No entanto, o argumento de Bork não era necessariamente que a demonstração de eficiências seria impossível. O ponto defendido pelo autor era que o modelo de Williamson não deveria ser utilizado em sua literalidade pelos tribunais, pois criaria a necessidade de mensuração direta dos efeitos – tanto positivos (*cost savings*) quanto negativos (*dead-weight loss*) – de uma operação. Para Bork, os casos difíceis deveriam ser invariavelmente decididos com certo grau de arbitrariedade, ideia que atualmente está superada. Apesar de os cálculos econométricos não serem capazes de demonstrar com exatidão os efeitos que serão produzidos por atos de concentração, eles são capazes de oferecer razoável segurança acerca da probabilidade de sua concretização, o que afasta a necessidade de decisões arbitrárias. Neste sentido: “[a] statement of what must be done in any direct measurement approach is sufficient to make its impossibility apparent. The court would have to make a reasonably accurate estimate of efficiency and dead-weight loss in an actual situation, and then make the same estimates of those two quantities in a hypothetical situation, in order to determine whether the real or the hypothetical situation is more favorable to consumers. (...) But the nature of the problem shows that some degree of arbitrariness will have to be accepted as satisfactory by everyone because direct measurement of the conflicting factors cannot conceivably handle the trade-off dilemma” (BORK, Robert H., op. cit., p. 127-129). A mesma ideia é defendida de forma mais incisiva por Hovenkamp, que afirma: “[o]ur knowledge that mergers can produce both economies and monopoly pricing is fairly secure. However, quantifying either of these in a particular merger case is impossible. Most mergers found illegal under current law probably create efficiencies. They are condemned, however, because no court is capable of balancing the increase in market power or the potential for collusion against the economies achieved. Judges must necessarily make decisions based on the information they can obtain and understand. When a merger involves companies having a small share of the market, they infer that the potential for monopolistic pricing or collusion is trivial; therefore, the merger must be calculated to increase the efficiency of the post-merger firm. If the merger involves firms large enough to threaten competitive pricing significantly, however, then the measurement problem quickly becomes insoluble unless we create some simplifying rules. Such rules could not involve any kind of precise ‘balancing’ of harm to competition vs. efficiency gains. Rather, they should operate so as to create a complete defense when both ‘substantial’ and ‘merger specific’ economies are shown. In this case, ‘substantial’ means that the efficiencies be great enough to warrant an inference that post-merger prices will be no higher than pre-merger levels, with the burden of proof on the defendant” (HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*. 3. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2005. p. 510). Em todo caso, é possível notar que Hovenkamp ressalta tanto a alegada impossibilidade de mensurar eficiências como também de efeitos nocivos da operação, adotando raciocínio semelhante a Bork.

maior ou menor grau”. Adicionalmente, o Conselheiro afirma em seu voto que a mensuração de eficiências apenas é necessária em atos de concentração comprovadamente danosos, o que exige uma avaliação rigorosa das eficiências alegadas. Neste contexto, dever-se-ia afastar “qualquer benefício que seja especulativo e que não seja concretamente provável e verificável”.⁵⁹

Outro caso no qual o Cade se debruçou de forma profunda na questão da mensuração de eficiências foi o ato de concentração referente ao aumento de capital realizado pela Nestlé Brasil Ltda. no capital social de Chocolates Garoto S.A.⁶⁰ Em seu voto, o Conselheiro Thompson Almeida – que dedicou boa parte de sua análise à avaliação das eficiências alegadas pelas partes – ressaltou a assimetria de informações existente entre o CADE e as partes de uma operação com relação aos benefícios gerados. Em razão desta disparidade de informações disponíveis aos agentes e à necessidade de eficiências substanciais para justificar a aprovação de uma operação, “há fortes incentivos para que empresas superestimem os valores apresentados”.⁶¹ O Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, por sua vez, afirmou que “a mensuração das eficiências apresentadas torna-se tarefa extremamente difícil, uma vez que somente as requerentes têm completo e irrestrito acesso às informações necessárias para a mensuração crível das eficiências geradas por este ato”.⁶²

Nota-se, portanto, que o CADE encara as alegações de eficiências com grande cautela, exigindo alto padrão de prova para que tais alegações sejam aceitas. Se por um lado, tal cautela excessiva é justificável em razão da assimetria de informações entre as partes de uma operação e a autarquia, por outro lado essa mesma assimetria não justifica que o Cade descarte, sem maior esforço de análise, as eficiências alegadas.

Deste modo, é correto afirmar que o CADE pode não possuir dados suficientes para avaliar se os números e informações apresentados por agentes econômicos condizem com a realidade. No entanto, a autarquia possui conhecimento e experiência suficientes⁶³ para testar as projeções e métodos econômicos utilizados pelas partes para fundamentar suas alegações.

59. Item 936 do voto emitido pelo Conselheiro Carlos Ragazzo no Ato de Concentração 08012.004423/2009-18.

60. Cade, Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, j. 04.02.2004, rel. Cons. Ricardo Villas Bôas Cueva.

61. Página 55 do voto emitido pelo Conselheiro Thomson Almeida Andrade no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89.

62. Página 17 do voto emitido pelo Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89.

63. Especialmente com a institucionalização, pela Lei 12.529/2011, do Departamento de Estudos Econômicos, responsável por zelar “pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão” (art. 17).

Levando-se em consideração a experiência norte-americana e a jurisprudência brasileira com relação à verificação de eficiências, é possível entender que as partes devem comprovar os benefícios advindos de sua operação por meio de modelos e projeções que adotem métodos e informações sólidas, que seriam utilizadas em processos usuais de planejamento de negócios. Assim, relatórios, planos de negócios e estimativas utilizadas internamente pelos agentes devem ter um peso maior na análise concorrencial para a demonstração de eficiências.

O Cade, por sua vez, não pode descartar a alegação de eficiências sob a justificativa de que as projeções são improváveis pelo histórico do mercado ou dos agentes ou em razão de desconhecimento das informações que fundamentaram os resultados alcançados pelas partes. Para não aceitar as economias alegadas pelas partes, a autarquia deve demonstrar que as projeções e modelos apresentados não são críveis, seja por que adotam premissas erradas, sejam por que o método utilizado é inadequado, ou por alguma outra imprecisão metodológica.

Somente desta forma – focando-se no método utilizado para verificar e quantificar eficiências e não somente no resultado em si – é que será possível equacionar a questão da assimetria e escassez de informações que dificulta o cálculo dos benefícios de uma operação, além de reequilibrar o ônus probatório alocado entre o CADE e as partes que pleiteiam aprovação de seu negócio jurídico.⁶⁴

5. CONCLUSÃO E PERSPECTIVAS

A potencial geração de eficiência é de grande importância nos processos de análise de atos de concentração. A legislação concorrencial tem como objeto proteger direitos de titularidade da coletividade,⁶⁵ propiciando, por meio da proteção da livre concorrência e livre iniciativa, as condições para a criação de bem-estar e desenvolvimento econômico, tecnológico e social. É de interesse não só das partes de uma operação submetida à análise concorrencial, como também do Cade, verificar a possibilidade de eficiências e benefícios provenientes de um negócio jurídico. Logo, mostra-se essencial estabelecer critérios claros para definir quando a existência de condições para o aproveitamento destas economias foi suficientemente demonstrada no caso concreto.

Ao longo deste estudo, buscou-se defender a ideia de que, ao avaliar as evidências acerca da existência de eficiências decorrentes de uma operação, o Cade

64. Ao introduzir na estrutura organizacional do Cade o Departamento de Estudos Econômicos (DEE), a Lei 12.529/2011 reconheceu a importância de aumentar a capacidade de compreensão dos efeitos econômicos das operações pelo Cade. Destaca-se ser dever do DEE e de seu Economista-Chefe zelar “pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão” (art. 17 da Lei 12.529/2011).

65. Cf. parágrafo único do art. 1.º da Lei 12.529/2011.

deve ter sua atenção focada para os métodos, projeções e modelos utilizados pelas partes. As informações acerca dos ganhos decorrentes de um ato de concentração são escassas e, muitas vezes, dados históricos do mercado podem não servir como parâmetros seguros para projeções futuras, pois mudanças no contexto econômico podem facilitar ou dificultar o aproveitamento de sinergias.

Portanto, acredita-se que, ao avaliar se as eficiências de uma operação foram suficientemente demonstradas, o Cade deve verificar: (i) se as partes foram bem sucedidas em demonstrar que seu negócio jurídico cria condições para a geração de eficiências; e (ii) se os métodos, modelos e projeções utilizados pelas partes para demonstrar suas eficiências são sólidos, robustos e foram elaborados de acordo com processos usuais de planejamento de negócios.

6. BIBLIOGRAFIA

- AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Mergers and Acquisitions: understanding the antitrust issues*. 3. ed. Chicago: Illinois, 2008.
- BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: The Free Press, 1993.
- CARVALHO, Vinicius Marques de et. al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- GOLDBERG, Daniel K. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Ed. Singular, 2006.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*. 3. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2005.
- KAPLOW, LOUIS; SHAVELL, STEVEN. *Fairness versus Welfare*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- OCDE. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris, 2010.
- OCDE. *The role of efficiency claims in antitrust proceedings*. Paris, 2012.
- SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, socialism and democracy*. Nova Iorque: Routledge, 2003.
- SOKOL, D. Daniel. *The Transformation of Vertical Restraints: Per Se Illegality, the Rule of Reason and Per Se Legality*. Disponível em: [<http://ssrn.com/abstract=2297365>]. Acesso em: 27.08.2014.
- SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: an integrated handbook*. St. Paul: West Publishing Co., 1994.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- U.S. Department of Justice; Federal Trade Commission. *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*. Disponível em: [www.justice.gov]. Acesso em: 24.08.2014.

U.S. Department of Justice; Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines. Disponível em: [www.justice.gov]. Acesso em: 17.08.2014.

WILLIAMSON, Oliver E. Economics as an antitrust defense: the welfare tradeoffs. *The American Economic Review*. vol. 58. p. 18-36. Pittsburgh, 1968.

YAZBEK, Otavio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Antitruste, eficiência econômica, curvas, triângulos e retângulos, de Ruy Santacruz – *RIBRAC* 9/161 (DTR\2011\5035);
- As práticas anticoncorrenciais e sua possibilidade de autorização em prol das eficiências, de Denis Alves Guimarães – *RIBRAC* 8/123 (DTR\2011\4929);
- Concentração de mercado ou eficiência? Qual destes fatores motivam as fusões?, de Elvino Mendonça e Marcos A. M. Lima – *RIBRAC* 18/98 (DTR\2010\589);
- Concorrência, eficiência dinâmica e análise antitruste, de Jorge Fagundes – *RIBRAC* 11/27 (DTR\2011\2009);
- Critérios alternativos de eficiência econômica e suas implicações para as políticas de defesa da concorrência: diferenciação de produtos, eficiência x e custos de transação, de Jorge Fagundes – *RIBRAC* 12/49 (DTR\2011\2085); e
- Os requisitos para consideração das eficiências econômicas no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a discricionariedade da comprovação razoável, de Maria Paula Bertran – *RIBRAC* 12/265 (DTR\2011\2064).

Infrações à Ordem Econômica

MECANISMOS DE PROTEÇÃO AO PROGRAMA DE LENIÊNCIA BRASILEIRO

UM ESTUDO SOBRE A CONFIDENCIALIDADE DOS DOCUMENTOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO SIGNATÁRIO À LUZ DO DIREITO EUROPEU

NAYARA MENDONÇA SILVA E SOUZA

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Ex-assistente do Conselheiro Gilvandro Araújo no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Ex-estagiária da Autorité de la Concurrence, Paris. Intercambista na Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Graduada em Direito pela UFMG. 1.º lugar do Prêmio IBRAC-TIM 2014. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial

RESUMO: Este trabalho realiza uma análise prospectiva do programa de leniência brasileiro sob seus aspectos de maior relevo atualmente: a responsabilidade civil do signatário de leniência e a confidencialidade dos documentos por ele fornecidos. A metodologia utilizada foi o direito comparado, com o estudo de iniciativas europeias subsidiado por entrevistas realizadas com grandes nomes do direito concorrencial brasileiro. Propõe-se que o direito nacional seja aprimorado nos seguintes tópicos: limitação da responsabilidade civil e exclusão da responsabilidade solidária do signatário de leniência; promoção de cursos de atualização em antitruste para juízes; e restrição do acesso aos documentos fornecidos em acordo de leniência.

PALAVRAS-CHAVE: Direito antitruste – Leniência – Reparação civil – Confidencialidade – Direito comparado.

ABSTRACT: This article prospectively analyzes the Brazilian leniency program through its most important aspects nowadays: the leniency applicant's civil liability and the confidentiality of the documents it provides. The methodology used was the comparative law, which gave base to a study of the European initiatives, subsidized by interviews realized with great names within the Brazilian competition law. It emerges from the conclusions that the Brazilian law should improve in the following topics: limitation of the leniency applicant's civil liability and exclusion of the leniency applicant's joint liability; promotion of competition law courses for judges; and restrictions on access to documents provided by leniency agreements.

KEYWORDS: Competition law – Leniency – Private Enforcement – Confidentiality – Comparative Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A tensão entre a *proteção da eficácia dos programas de leniência e a efetividade do direito à reparação das vítimas de cartel* na União Europeia – 3. Responsabilidade civil do beneficiário de acordo de leniência no Brasil: estado da arte e propostas de aprimoramento: 3.1 Fundamentos do programa de leniência brasileiro; 3.2 Diagnóstico das fragilidades do programa de leniência brasileiro: risco de vazamento de informações e ações complementares de indenização – 4. Sugestões de *advocacy* em direção ao fortalecimento do Programa de Leniência brasileiro: 4.1 Emergência de mudanças estruturais; 4.2 Promoção de alterações interpretativas: um papel da advocacia da concorrência – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo^{1,2} visa identificar quais são os mecanismos que podem ser buscados pelo Brasil no direito europeu para melhorar seu programa de leniência no tocante à confidencialidade e à responsabilidade civil do beneficiário de imunidade.³ Tanto na Europa⁴ quanto no Brasil,⁵ existe o risco de o beneficiário de imunidade responder a uma ação civil de reparação de danos pelo cartel (*follow-on actions* ou ações complementares).⁶ Se for o primeiro membro do conluio revelado, o beneficiário torna-se alvo mais frágil a este tipo de processo. Ademais, os documentos oferecidos pela empresa em troca do benefício podem ser demandados para fins de instrução do processo de reparação de danos.

O programa de leniência brasileiro é recente se comparado àquele das autoridades mais maduras em disciplina da concorrência, e somente três casos de leniência foram julgados pelo Cade.⁷ Esta razão e a recente cultura de reparação de danos

-
1. Prêmio IBRAC TIM 2014 – Categoria: Pós-Graduação/Profissional.
 2. A autora agradece à Professora Amanda Flávio de Oliveira pela primorosa orientação da monografia que deu origem a este trabalho, ao Conselheiro Gilvandro Vasconcelos de Araújo pelas várias lições em direito da concorrência, e a todos os entrevistados, que possibilitaram uma visão prática do tema estudado neste artigo.
 3. Neste trabalho, o termo “beneficiário de leniência” será utilizado para designar quem recebeu imunidade ou redução de punição administrativa e de isenção de responsabilidade penal por força de lei, após acordo com autoridade antitruste. Há divergência doutrinária quanto ao uso do termo “leniente”, corrente no âmbito do direito antitruste brasileiro. Segundo Martinez (2013, p. 259-260), “leniente”, pelo significado do termo, é o Estado brasileiro que assina o acordo com um delator. Por esse motivo, optamos por também não utilizar o termo “leniente” para designar o candidato à leniência.
 4. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-membros e da União Europeia (2013).
 5. Nos Estados Unidos, os beneficiários de leniência ainda podem contar com a limitação de sua responsabilidade civil (*civil leniency*) caso cooperarem com o requerente em sua demanda de reparação de danos concorrenciais. Caso isso ocorra, o signatário de leniência pode contar com a detriplicação (*detrebling*) da indenização devida. Isto porque os EUA trabalham com a possibilidade do pagamento de danos punitivos (*punitive damages*), que no caso de infrações à concorrência é calculado em triplo (*treble damages*). Para maiores detalhes, veja Mahr e Lange (2010).
 6. Na Proposta de Diretiva da União Europeia, a tradução utilizada para *follow-on action* foi ação de acompanhamento. No entanto, consideramos o termo “ação complementar” mais didático, por remeter claramente à complementaridade entre o processo na esfera administrativa e o processo civil de reparação de danos.
 7. Trata-se do cartel dos vigilantes, dos peróxidos e das cargas aéreas. Essa informação pode ser verificada ao checar a jurisprudência do Conselho por meio do site: [www.cade.gov.br/jurisprudência].

concorrenciais justificam a falta de discussão quanto às ações complementares. A lei brasileira não trata da (im)possibilidade de divulgação dos documentos obtidos por leniência em caso de solicitação judicial. Outrossim, as falhas de confidencialidade demonstram que nosso sistema jurídico concorrencial precisa ser aperfeiçoado.

Para iniciar as reflexões no Brasil sobre o tema, este trabalho apresenta a perspectiva europeia e faz um diagnóstico das fragilidades do programa de leniência brasileiro. Em conclusão, são apresentadas propostas para que seja fortalecida a persecução de cartéis no país.

2. A TENSÃO ENTRE A PROTEÇÃO DA EFICÁCIA DOS PROGRAMAS DE LENIÊNCIA E A EFETIVIDADE DO DIREITO À REPARAÇÃO DAS VÍTIMAS DE CARTEL NA UNIÃO EUROPEIA

Em direito europeu da concorrência, o fato de uma empresa beneficiar-se de leniência não a protege das consequências na esfera civil.⁸ Conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE),⁹ qualquer pessoa tem o direito de reclamar uma indenização por danos causados por uma prática anticoncorrencial. Por falta de regulamentação específica sobre a responsabilidade civil do signatário de acordo de leniência, esta segue a regra geral de dever de reparação dos danos causados pelo infrator às regras de concorrência.¹⁰

O TJUE não tem competência para apreciar ações de reparação de danos, a não ser em questões prejudiciais. Logo, é dos tribunais nacionais europeus o dever de aplicar o direito civil nacional à reparação no domínio antitruste.¹¹ Disso decorre o risco de *forum shopping*, ou seja, de que o titular deste direito escolha, para entrar com um pedido judicial de indenização, um direito nacional competente mais favorável à sua demanda.¹²

8. UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis*. Bruxelas, 2006. par. 39.

9. Decisões *Courage* (C-435/99), de 20.09.2001 e *Manfredi*. (C-295/04 a C-298/04), de 13.07.2006, pars. 59 e 61.

10. Estas regras são, notadamente, os arts. 101 e 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Os tribunais nacionais são competentes para aplicar esses artigos do TFUE referentes ao direito da concorrência, conforme o art. 6.º do Regulamento(CE) n. 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts. 81 e 82 [101 e 102] do Tratado.

11. *Idem*, par. 92.

12. Na UE, os países mais favoráveis ao demandante de reparação de danos concorrenciais são Holanda e Dinamarca, segundo Jean-Christophe Grall e Martine Behar-Touchais, em sua palestra *L'action de groupe aux niveaux français et européen*. Paris, 04.02.2014. Disponível em: [www.economie.gouv.fr/dgccrf/atelier-dgccrf-reparation-outil-au-service-politique-concurrence].

O risco dessas ações complementares é ampliado para os beneficiários de leniência por conta do requisito de colaboração com a autoridade de concorrência para a participação no programa: há a demanda de entrega dos documentos que possua relativos à conduta e descrição detalhada da prática. Nesses documentos constarão segredos de negócios, a data de início e fim da prática, a quantidade de lucros gerada, etc., dados não seriam facilmente obtidos pela autoridade. Nos casos em que não houve colaboração de um participante do conluio, a obtenção de documentos decisivos e detalhados sobre a conduta estará condicionada a diversos elementos, tais como um procedimento de busca e apreensão bem feito, a colaboração das investigadas e a competência da autoridade concorrencial na preparação do inquérito. Consequentemente, numa ação de reparação de danos em que se demande o acesso aos documentos do processo administrativo relacionado, os dados do signatário do acordo de leniência estarão mais vulneráveis que os dos outros participantes da colusão e a quantificação dos danos concorrenciais¹³ causados pelo beneficiário de leniência será mais simples que o cálculo referente aos outros participantes da conduta. Esse quadro fragiliza o programa de leniência,¹⁴ uma vez que a empresa candidata poderia ver-se intimidada a participar do programa pelo risco de sofrer um impacto certo das ações civis complementares.

A jurisprudência europeia nos casos *Pfleiderer*¹⁵ e *Donau Chemie*¹⁶ determinou que, na falta de um documento vinculativo em vigor na UE, cabe ao juiz nacional contrabalancear, caso a caso, a *efetividade do programa de leniência* e o *direito à reparação civil* e decidir quais documentos podem ser divulgados para instrução de ações complementares. O TJUE, no caso *EnBW*,¹⁷ de fevereiro de 2014, acrescentou que compete ao requerente de documentos de leniência provar que a necessidade de obtê-los para a instrução de seu processo constitui interesse público superior digno de permitir o acesso, e que a resposta da Comissão Europeia a este pedido deve ser motivada com base no prejuízo que a divulgação poderia causar aos interesses protegidos pelo Regulamento n. 1.049/2001.¹⁸ Neste caso, o TJUE confirmou o entendimento do

-
13. Sobre a complexidade da determinação do montante de danos concorrenciais, veja Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indenização que tenham por fundamento as infrações aos arts. 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.
 14. Com esta opinião, temos Idot e Zivy, Livros Verde e Branco da Comissão Europeia e International Competition Network. Em oposição a esta ideia, tem-se o autor canadense Edward M. Iacobucci em seu artigo *Cartel class actions and immunity programmes* (2013).
 15. Acórdão *Pfleiderer* (C-360/09) do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 14.06.2011.
 16. Acórdão *Donau Chemie* (C-536/11) do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 06.06.2013.
 17. Acórdão *EnBW* (C-365/12) do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 27.02.2014.
 18. "Art. 4.º (...) 2. As instituições recusarão o acesso aos documentos cuja divulgação pudesse prejudicar a proteção de: – interesses comerciais das pessoas singulares ou coletivas, in-

Tribunal Geral da União Europeia do caso *Royaume des Pays Bas* (T-380/08) de que as ações de reparação de danos concorrenciais não configuram interesse privado.¹⁹

Em junho de 2014, o TJUE no caso *ÖBB*²⁰ confirmou a legitimidade ativa de uma empresa cujo fornecedor atuava em um mercado cartelizado na Áustria, mas não fazia parte do cartel, para demandar os danos causados pelo fenômeno chamado de *umbrella effect* (em que o fornecedor beneficiou-se do aumento dos preços dos concorrentes e subiu o valor de seu produto). Consequentemente, tanto o beneficiário de leniência quanto os outros membros do cartel responderão ao processo de reparação de danos, uma vez que o TJUE rejeitou os argumentos de ausência de nexo causal ou risco de desincentivo ao programa de leniência.

Ao verificar a necessidade de melhorar a reparação civil de danos concorrenciais na Europa,²¹ a Comissão Europeia lançou, em 11.06.2013, a “Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-membros e da União Europeia”. Aprovada como texto legal em 26.11.2014, deve ser implementada pelos países membros da União Europeia em dois anos a partir desta data. A Diretiva envolve basicamente dois objetivos: assegurar o exercício efetivo do direito à reparação e regular a aplicação pública e privada do direito europeu da concorrência.²² Dentro do segundo objetivo, é enfrentado o problema da interface entre a aplicação dos programas de leniência frente às ações privadas de responsabilidade civil por danos concorrenciais. Com relação à responsabilidade civil do beneficiário de imunidade, a proposta abrange dois aspectos principais: (a) a proteção dos documentos provenientes de acordos de leniência e (b) a limitação da sua responsabilidade civil.

cluindo a propriedade intelectual, –processos judiciais e consultas jurídicas, – objetivos de atividades de inspeção, inquérito e auditoria, exceto quando um interesse público superior imponha a divulgação”.

19. SAVOV, V. The EU Court of Justice gives a clear indication that sufficiently substantiated requests for access to documents from cartel victims are a matter of public interest (EnBW). *e-Competitions Bulletin, Revue Concurrences* 64.571/1-4.
20. Acórdão *ÖBB* (C 557/12) do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 05.06.2014.
21. A primeira análise da questão foi realizada pelo Livro Verde da Comissão Europeia lançado em 2005, seguido do Livro Branco em 2008, que culminou na Proposta de Diretiva lançada em 2013 e revisada em 2014. Ao lado das iniciativas do Legislativo europeu, a Rede Europeia de Concorrência lançou um comunicado em 2012 em que assegurava a proteção do material obtido por meio de leniência.
22. Documento de trabalho dos serviços da Comissão – Resumo da avaliação de impacto. Ações de indenização por violação das regras da UE no domínio antitruste que acompanha a proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-membros e da União Europeia.

O art. 6.º, 6, *veda a autorização pelos tribunais nacionais de divulgação das declarações das empresas em matéria de leniência e de propostas de transação*. A única hipótese em que poderia haver acesso aos documentos de leniência pelos tribunais nacionais seria para verificar se os documentos considerados confidenciais pelas autoridades de concorrência cumprem as definições estabelecidas pela Diretiva para a categoria. As partes ou terceiros jamais teriam acesso aos documentos.²³

A Diretiva aborda a *responsabilidade civil do beneficiário de acordo de leniência* no art. 11.²⁴ A regra geral é de responsabilidade solidária entre os membros do cartel. Em caso de beneficiários de imunidade, o dever de reparação por responsabilidade solidária englobaria somente os adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos. A responsabilidade solidária do signatário do acordo de leniência só atingiria as outras partes lesadas caso não possa ser obtida reparação integral das outras empresas envolvidas na mesma infração. Ademais, quanto ao montante de recuperação de uma empresa infratora que pagou a indenização, o beneficiário de leniência também terá vantagem. O montante de sua contribuição ao valor da indenização será correspondente exclusivamente aos danos que a empresa tenha causado a seus próprios adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos. Com relação às outras pessoas lesadas pela infração concorrencial que não estejam nessa posição contratual (como em casos de *umbrella effect*), o beneficiário de imunidade só terá obrigação de indenizá-las proporcionalmente à sua responsabilidade relativa aos danos causados a essas vítimas.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO BENEFICIÁRIO DE ACORDO DE LENIÊNCIA NO BRASIL: ESTADO DA ARTE E PROPOSTAS DE APRIMORAMENTO

A análise crítica do programa de leniência brasileiro, instituído em 2000, passa pelo estudo de seus fundamentos e do estado da arte, para que em seguida seja possível proceder-se a um diagnóstico de suas fragilidades.

3.1 Fundamentos do programa de leniência brasileiro

O primeiro acordo de leniência realizado no Brasil é datado de 2003, e desde então foram assinados 37 acordos de leniência.²⁵ Somente três casos de cartel des-

23. "4. Os Estados-membros asseguram que, para efeitos de ações de indenização, os tribunais nacionais não podem nunca ordenar a uma parte ou a um terceiro a divulgação das seguintes categorias de informação: a) as declarações de empresa em matéria de leniência, e b) as propostas de transação".

24. UNIÃO EUROPEIA. *Alterações do Parlamento Europeu à Proposta de Diretiva sobre Ações de Indenização no Domínio Antitruste*. Bruxelas: Parlamento Europeu, 2014. p. 1-63.

25. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Balancos e apresentações*. 2014. Disponível em: [www.cade.gov.br/Default.aspx?5fdf20e02fed2e0c2023]. Acesso em: 10.06.2014.

cobertos por leniência já foram julgados pelo Tribunal do Cade, e constituem a melhor fonte de pesquisa para desmitificar esse instituto do direito concorrencial.²⁶

Em sua origem, o programa de leniência concedia imunidade administrativa e penal aos beneficiários que trouxessem à então existente Secretaria de Direito Econômico (SDE), informações e provas contundentes sobre uma conduta por ela desconhecida. Os requisitos para que uma empresa celebrasse acordo de leniência eram: (a) cessação da conduta desde o momento da propositura do acordo; (b) auxílio na caracterização do cartel e durante toda a investigação; (c) pioneirismo na delação; (d) ausência de papel de liderança no cartel; (e) identificação dos membros e fornecimento de documentos que comprovassem o cartel e o envolvimento das outras empresas e pessoas físicas; (f) no momento da propositura do acordo, a SDE não poderia ter informações suficientes sobre o cartel para condená-lo.²⁷ Ainda que não fosse a primeira, uma empresa poderia beneficiar-se de redução de penalidade em uma conduta investigada por fruto de leniência, desde que revelasse novo cartel. Trata-se da chamada *leniência plus*, que persistiu após a edição da nova lei de defesa da concorrência.²⁸ Caso a leniência não fosse concedida, o SBDC ainda poderia, desde que de maneira independente do acordo de leniência proposto, investigar e julgar o cartel. Os beneficiários do acordo de leniência possuíam dois tipos de imunidade ou redução de penalidade: administrativa e penal. No caso das pessoas jurídicas, que não são condenadas pelo crime de cartel, poderia haver a isenção total da multa imposta pelo Cade, caso a conduta revelada fosse desconhecida pelo SBDC, ou a redução do valor da condenação, caso a conduta delatada já estivesse em investigação (sem provas conclusivas) pela SDE. As pessoas físicas, por seu turno, possuíam também a imunidade na esfera penal quanto aos crimes contra a ordem econômica previstos na Lei 8.137/1990, com a suspensão do curso do prazo prescricional do crime praticado e impedimento da denúncia-crime. Não eram abrangidos os crimes previstos na Lei 8.666/1993, relacionados a cartéis em licitações e em contratos públicos, nem ao art. 288 do CP (crime de quadrilha ou bando).

Atualmente, o acordo de leniência está previsto nos arts. 86 e 87 da Lei 12.529/2011, e nos arts. 197 a 210 do Regimento Interno do Cade (Res. 1/2012). Com a nova lei, houve o alargamento da possibilidade de candidatura ao programa: também o líder de um cartel pode participar. Foi também expandida a imunidade criminal abrangida pela assinatura do acordo, com imunidade também para os

26. Sobre a análise econômica da detecção de cartéis e acordo de leniência, veja Azevedo (2012), p. 275-279.

27. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. *Combate a cartéis e programa de leniência*. Brasília: Publicação Oficial, 2009. vol. 1, p. 20.

28. CORDOVIL, L. Capítulo VI – Do Programa de Leniência. In: _____ et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 192.

crimes previstos pela Lei 8.666/1993 e de quadrilha ou bando (art. 288 do CP). Importante salientar que não cabe ao Tribunal do Cade “qualquer análise a respeito da validade, cabimento e oportunidade na celebração do acordo de leniência”,²⁹ mas tão somente aplicar a pena relativa à infração.

Tabela 1 – Casos de leniência julgados pelo Cade

Caso	Período do cartel	Prazo de julgamento	Signatário de acordo de leniência/TCC	Busca e apreensão	Cartel internacional	Envolvimento do MP	Condenação aproximada	Judicialização
<i>Vigilantes</i> /PA n. 08012.001826/2003-10	1990-2003 (13 anos)	2003-2007 (4 anos)	Vigilância Antares e pessoas físicas / sem TCC	2004	Não	Não	R\$ 40mi	Sim
<i>Peróxidos</i> /PA n. 08012.004702/2004-77	1995-2004 (10 anos)	2004-2012 (8 anos)	Degussa Brasil/sem TCC	2004	Não	MPF e MP-SP	R\$ 150mi	Não
<i>Cargas aéreas</i> /PA n. 08012.011027/2006-02	2003 a 2005 (3 anos)	2006-2013 (7 anos)	Deutsche Lufthansa, subsidiárias e pessoas físicas/TCC: Air France-KLM (R\$ 14mi)	2007	Sim	MPF e MP-SP	R\$ 293mi	Sim

3.2 Diagnóstico das fragilidades do programa de leniência brasileiro: risco de vazamento de informações e ações complementares de indenização

À luz dos entendimentos europeus e dos recentes deslizes ocorridos no Brasil, verificou-se a necessidade de aperfeiçoamento da leniência no Brasil no tocante à *confidencialidade dos documentos*, ameaçada pelo risco de vazamento de informações, e à *responsabilidade civil do signatário do acordo de leniência*, que desestimula possíveis arrependidos a delatarem sua conduta pelo temor das ações complementares de indenização.

O ordenamento jurídico brasileiro não confere proteção exaustiva aos documentos provenientes de leniência, por apresentar respostas abertas à interpretação judicial quanto à sua confidencialidade. Isto porque, conforme a Constituição Federal, todos os atos processuais são públicos (art. 93, IX), salvo em casos de defesa da intimidade ou interesse público (art. 5.º, LV). Já segundo o Código de Processo Civil, o Judiciário pode, a pedido, abrir a confidencialidade dos documentos provenientes da leniência. Outrossim, por conta do princípio da publicidade dos atos da Administração Pública, refletido na Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), os documentos referentes à atividade do Cade são, em regra, de acesso público. Contudo, em virtude da mesma lei, é possível que seja conferido acesso restrito a determinadas informações quando sua divulgação “comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de

29. CADE. Processo n. 08012.001826/2003-10. Parecer do Procurador-Geral Gilvandro Araújo.

infrações”.³⁰ Dessa maneira, e também por força da confidencialidade conferida ao acordo de leniência pela Lei 12.529/2011,³¹ é dever do Estado zelar pela sua preservação.³² Infelizmente, esse zelo tem tido alguns percalços divulgados na mídia.

Foi o caso do suposto cartel do metrô de São Paulo, em que o juiz federal entendeu que a confidencialidade dos autos da medida cautelar de busca e apreensão era devida até o momento de sua efetivação. Após o cumprimento da diligência, foi revogado o sigilo total dos autos, permanecendo confidenciais somente os documentos provenientes de busca e apreensão, sob o argumento de que o sigilo seria uma exceção constitucional que não mais se fazia presente no caso. O juiz considerou que deveria ser aplicada a regra geral da Constituição, uma vez que a busca e apreensão realizada já havia sido noticiada no site do Cade e o nome da empresa signatária do acordo de leniência (Siemens) já teria sido revelado na imprensa.³³

Após este incidente, a identidade de outro signatário de leniência (Grupo Reichhold) foi exposta em publicação do TRF-3.^a Reg., de 27.05.2014, cinco dias após a realização de busca e apreensão pelo Cade. Apesar do processo ter sido mantido em segredo de justiça pelo magistrado,³⁴ a revelação parece ter ocorrido por descuido da Secretaria do Tribunal, que não atentou para a necessidade do sigilo.

Estes fatos revelam o despreparo de alguns servidores da Justiça Federal³⁵ na condução de processos cujo tema abarca o direito da concorrência, o que prejudica o instituto da leniência, baseado primordialmente no sigilo da identidade do arrependido.

A quebra da confidencialidade pode ensejar diversos danos aos signatários e revela os fatores de inibição a possíveis candidaturas de leniência. Esses fatores incluem, além do prejuízo à imagem dos delatores, a possibilidade (apesar de re-

30. Art. 23, VIII, da Lei 12.527/2011.

31. A identidade do signatário e os documentos obtidos por meio do acordo de leniência são sigilosos até o julgamento do processo em questão, conforme regulamentado pelo Cade. Regimento Interno do Cade, art. 207.

32. Art. 25 da Lei 12.527/2011.

33. Sentença proferida em 09.08.2013 nos autos do Processo n. 0004196.2013.4.03.6114, pelo Juiz Federal Antônio André Muniz Mascarenhas de Souza, da 3.^a Vara Federal em São Bernardo do Campo.

34. O deslize foi percebido pela imprensa internacional, que publicou matéria revelando a identidade do leniente em 02.06.2014 (Reichhold files for leniency in Brazil in price-fixing cartel, 2014). Após, o Grupo Reichhold, em 04 de junho de 2014, resolveu tornar pública sua participação por meio de comunicado no site da empresa (disponível em: [www.reichhold.com/news-detail.aspx?newsID=111]. Acesso em: 24.08.2014).

35. Conforme a Tese de Doutorado (em fase de elaboração) de Gilvandro Araújo, o concurso de juiz federal só passou a exigir conhecimentos de direito da concorrência em 2008, pela Res. CJF 41.

duzida) de ações de indenização no Brasil, e a precipitação de ações de reparação nos Estados Unidos e em outros países cujo *private enforcement* seja mais ágil e desenvolvido.³⁶ Daí a necessidade de que a importância da confidencialidade dos documentos de leniência no Brasil seja disseminada.

A Lei 12.529/2011 não faz nenhuma menção à *responsabilidade civil do signatário de leniência*, tampouco há qualquer isenção de sua responsabilidade na norma que autoriza o direito de indenização das vítimas de uma conduta anticoncorrencial. Ademais, conforme o art. 60 da Lei Antitruste, as decisões do Cade constituem título executivo extrajudicial. Entende-se que os acordos de leniência e os Termos de Compromisso de Cessação celebrados pelo Cade também produzem os mesmos efeitos, dispensando a necessidade, numa ação de reparação de danos, da propositura de ação de conhecimento para identificação dos pressupostos da responsabilidade civil, o que agilizaría o recebimento de indenização.³⁷ No Brasil, esse problema das ações complementares esteve latente durante 10 anos: entre 2003 e 2013, os três casos de leniência julgados não ensejaram nenhuma ação de indenização.³⁸ Destarte, os candidatos a leniência, orientados por seus advogados,³⁹ contabilizavam a baixa probabilidade de ação desse gênero no cálculo do custo-benefício em propor tal acordo.

O divisor de águas foi o escândalo político ocasionado pela quebra do sigilo do acordo de leniência referente ao cartel do metrô. O suposto envolvimento de políticos do partido opositor ao da atual Presidência da República na facilitação do cartel em licitações deu ampla divulgação à quebra de sigilo da ação cautelar de busca e apreensão efetuada pelo juiz de São Bernardo do Campo. Como resposta, o governo de São Paulo foi responsável pelo *primeiro processo judicial com pedido de ressarcimento de danos a um beneficiário de leniência no Brasil*.⁴⁰ A ação contra a

36. Os advogados entrevistados para este trabalho que apontaram esses fatores em suas respostas foram: Ana Paula Martinez, Marcelo Calliari, Maria Eugênia Novis, Mariana Tavares e Mauro Grimberg.

37. GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. *Direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 828. No mesmo sentido, expressou-se Bruno Lana em entrevista para este trabalho.

38. Apesar disso, houve a condenação penal de um gerente de carga internacional da empresa Varig no cartel de cargas aéreas em que, além da pena de 10 anos e 3 meses de reclusão, o empregado foi condenado com base no art. 387, IV, do CPP a reparar os danos causados pelo cartel em 378,9 milhões de reais. Sentença proferida em 29.01.2014 pela juíza Fernanda Afonso de Almeida, da 27.ª Vara Criminal de São Paulo.

39. As entrevistas realizadas com os advogados Bruno Lana Peixoto, Marcelo Calliari e Mariana Tavares confirmam a hipótese.

40. Mais de 20 ações de indenização por danos concorrenciais já foram propostas no Brasil. Sobre as ações de responsabilidade civil por danos concorrenciais no Brasil, veja CARVALHO, 2011, p. 52-74.

empresa Siemens não foi aceita pela justiça, uma vez que foi a única incluída no polo passivo, e que um processo que investigue os danos causados por um cartel deve ser formado por seus outros membros.⁴¹

Esse fato reforça a afirmação da Diretiva da União Europeia de que o beneficiário de imunidade proveniente de acordo de leniência é o primeiro alvo das ações civis complementares às condenações administrativas por cartel. Além da ação proposta pelo Estado de São Paulo, o Ministério Público Estadual, por meio do promotor Marcelo Camargo Milani, também propôs ação de reparação de danos contra os 11 membros do cartel do metrô de São Paulo. Segundo o *Jornal da Globo*, em notícia de 26.05.2014, a extensão do valor do dano estimado pelo promotor é de 2,5 bilhões de reais.⁴²

Após esses acontecimentos, os advogados de potenciais signatários de leniência passaram a alertar com mais vigor seus clientes dos maiores riscos de virem a ser alvo de ações de reparação de danos concorrenciais tanto no Brasil quanto no exterior, decorrente de divulgação precipitada de acordo de leniência.⁴³

No próximo capítulo, serão apresentadas soluções possíveis para a superação das fragilidades encontradas no ordenamento jurídico brasileiro na proteção de seu programa de leniência, de modo a se buscar mecanismos para seu fortalecimento.

4. SUGESTÕES DE *ADVOCACY* EM DIREÇÃO AO FORTALECIMENTO DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA BRASILEIRO

4.1 *Emergência de mudanças estruturais*

Mesmo antes dos problemas relatados no capítulo anterior, a Consulta Pública n. 17/2011 lançada pela SDE apresentou propostas de modificação da lei concorrencial no tocante às ações de indenização por danos concorrenciais. A proposta modificava o art. 29 da Lei 8.884/1994 para determinar que o ressarcimento dos danos concorrenciais deveria ser realizado em dobro, salvo pelos signatários de acordo de leniência.⁴⁴ Além disso, o projeto firmava que a decisão condenatória do

41. CARVALHO, M. C.; CREDENDIO, J. E. *Jornal Folha de S. Paulo*, 2013. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1367921-justica-manda-alckmin-refazer-acao-contra-cartel.shtml]. Acesso em: 05.05.2014.

42. *Jornal da Globo*. Empresas denunciadas por cartel podem devolver R\$ 2,5 bilhões, 2014. Disponível em: [http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/05/empresas-denunciadas-por-cartel-podem-devolver-r-25-bilhoes.html]. Acesso em: 19.06.2014.

43. Todos os advogados entrevistados nesta pesquisa confirmaram a afirmação.

44. “Art. 29. Os prejudicados e os legitimados previstos no art. 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão propor ação para obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica; o recebimento de indenização por perdas e danos e a execução da decisão prevista no art. 28-A.

Cade seria título executivo extrajudicial.⁴⁵ Entretanto, o projeto de lei não prosperou, e não houve modificações do sistema de responsabilidade civil concorrencial, nem mesmo com o advento da nova Lei Antitruste. Persistem as dificuldades enfrentadas no tratamento do tema, e por esse motivo urge a necessidade de estudo de soluções que ponham fim às questões debatidas.

Uma dessas questões é a *responsabilidade solidária do beneficiário de leniência*, indicada na regra contida no art. 32 do Diploma Concorrencial.⁴⁶ A primeira proposta que pode ser enfrentada como solução legislativa ao tema está presente na Consulta Pública citada, de inclusão de pagamento de indenização em dobro em casos de prática anticoncorrencial, salvo nos casos de leniência. Critique-se que a reparação civil em dobro pode ser considerada como um pagamento com função punitiva, questão que não é uníssona no direito brasileiro.⁴⁷

Outras soluções que poderiam ser adotadas pelo Brasil decorrem da experiência dos Estados Unidos e da União Europeia: a *limitação da responsabilidade civil do signatário de acordo de leniência*.

A transposição do modelo estadunidense, em que os praticantes de um cartel devem repor em triplo o dano causado, passaria pela discussão levantada sobre a aplicabilidade dos danos punitivos no Brasil e implicaria em mudança legislativa que os aceitasse e pusesse fim à discussão. Caso houvesse esta possibilidade, uma segunda mudança de lei nacional poderia ocorrer, à luz do direito estadunidense, para reconhecimento ao signatário de acordo de leniência (que colaborasse com o processo civil) da “detruplicação” do pagamento do dano causado. Contudo, essas mudanças levariam a duas desvantagens verificadas pelo ex-Conselheiro Mauro Grimberg (2014): a valorização da vítima do cartel em detrimento de outras ví-

§ 1.º A propositura de ação judicial não suspenderá o curso de processo administrativo em tramitação junto ao Cade.

§ 2.º Os *prejudicados terão direito ao ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica*, sem prejuízo das eventuais sanções aplicadas na esfera administrativa e penal.

§ 3.º *Não se aplica o disposto no § 1.º aos coautores de infração à ordem econômica que tenham assinado acordo de leniência* cujo cumprimento tenha sido declarado pelo Cade, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados” (grifos nossos).

45. “Art. 28-A. A decisão de condenação proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade obrigará a empresa a indenizar as vítimas pelos prejuízos causados. Parágrafo único. A decisão prevista no *caput* terá caráter executivo em relação aos consumidores prejudicados”.

46. Conforme aponta Martinez (2013, p. 275), a regra geral prevista nos arts. 275 e 942 do CC/2002 brasileiro também é aplicada ao direito concorrencial.

47. Para um estudo sobre a função punitiva no direito brasileiro, vide Martins-Costa e Pargendler (2005). Ressalte-se que a proposta de Diretiva europeia (Considerando 12) não admitiu a indenização punitiva.

timas que possam demandar reparação de danos (como a vítima de um acidente aéreo); e, considerando somente as vítimas do mesmo cartel, a desvantagem do consumidor lesado pelo beneficiário de acordo de leniência com relação àquelas vítimas que consumiram de outros membros do cartel.

Outra opção seria o Brasil adotar dispositivo semelhante ao europeu,⁴⁸ em que o beneficiário de leniência só seria obrigado a reparar o dano que causou a seus “adquirentes ou fornecedores diretos e indiretos”, e não teria responsabilidade solidária dos danos causados pelos outros membros do cartel.⁴⁹ As críticas da doutrina civilista apontadas por Amaro (2012, p. 412) sobre a proposta de “leniência civil” na Europa podem ser replicadas ao Brasil: (a) a fragilidade normativa dos textos de suporte; (b) os riscos da instrumentalização da leniência pelo líder do cartel, que poderia organizá-lo tão somente para prejudicar seus concorrentes por meio de sua denúncia, que ficaria impune; (c) a eficácia discutível (e diferida) que a correção do mercado fornece ao consumidor, enquanto a responsabilidade civil é uma garantia de reparação mais imediata; (d) os obstáculos constitucionais à modulação da reparação, que excluiriam a aplicação dos princípios da igualdade perante a lei e de reparação integral.

Outra adequação que poderia ser feita ao direito nacional seria compelir o signatário de acordo de leniência a reparar apenas os danos individuais causados pelo cartel do qual fez parte, e eximi-lo (a exemplo do que ocorre na esfera administrativa) da reparação dos danos difusos (que já ocorreria por meio da multa aplicada pelo Cade). Essa sugestão, apontada por Badin,⁵⁰ representaria uma adequação, ao

48. Art. 11, 4 – “Os Estados-Membros asseguram que a empresa infratora possa recuperar uma contribuição de qualquer outra empresa infratora, cujo montante será determinado em função da relativa responsabilidade pelos danos causados pela violação do direito da concorrência. O montante da contribuição de uma empresa a qual foi concedida imunidade de coimas por uma autoridade da concorrência no âmbito de um programa de leniência não excederá o montante dos danos que ela causou aos seus próprios adquirentes ou fornecedores diretos ou indiretos”.

49. No mesmo sentido da exclusão da responsabilidade solidária do leniente, veja Martinez (2013, p. 304). A autora propõe a inclusão de um § 4.º ao art. 47 da Lei 12.529/2011, nos seguintes termos: “Os signatários de acordo de leniência, nos termos desta Lei, não são solidariamente responsáveis com os demais coautores pelo ressarcimento das perdas e danos causados pelos demais, a menos que o Cade declare o não cumprimento do acordo por parte dos signatários”. Convergem Carvalho e Lima (2012, p. 246), para quem a questão do afastamento da responsabilidade solidária como recompensa negativa ao leniente é uma das possibilidades que deveriam ser verificadas para efetividade do sistema de reparação de danos no Brasil.

50. Resposta fornecida em entrevista. O ex-Presidente do Cade ressaltou que a lei poderia “deixar mais claro que a empresa não pode sofrer ação de reparação por danos difusos após ser condenada pelo Cade, mas apenas por danos individuais homogêneos”. A resposta dada por Badin que inspirou esta proposta foi “(...) O que a lei poderia fazer é deixar mais claro que a

direito concorrencial brasileiro, da modulação dos princípios defendida por Amaro no direito francês.

A alteração legislativa também parece a melhor solução para o *tratamento da confidencialidade do acordo de leniência* no Brasil, e pode ser realizada das maneiras tratadas a seguir.

A primeira delas estava presente na Consulta Pública da SDE n. 17/2011 que criminaliza a divulgação do acordo de leniência sem justa causa.⁵¹ Esse dispositivo, porém, teria limitado poder de resolver a fragilidade apontada, quando estivesse envolvido um pedido em juízo da divulgação dos documentos: é que seria difícil compreender que uma decisão judicial devidamente fundamentada não caracterizasse “justa causa”.⁵²

Uma segunda opção refere-se a uma alteração legislativa independente das mudanças referentes à responsabilidade civil do beneficiário de leniência. É possível que o acesso aos documentos provenientes de acordo de leniência seja impedido por força de lei, como determinado pela Diretiva da União Europeia, e que mesmo assim o beneficiário seja obrigado a indenizar os prejudicados por sua conduta anticompetitiva. Desse modo, a Lei 12.529/2011 deveria conter um dispositivo que retirasse o poder do juiz de determinar a divulgação de informações relativas a acordo de leniência que fossem solicitadas por prejudicado ou seu substituto processual em ação de reparação de danos. Com isto, o tratamento do beneficiário de leniência seria mais justo, já que os documentos por ele fornecidos não o autoincriminariam, colocando-o em igualdade de condições com os demais participantes do cartel. Desse modo, os documentos fornecidos pelo beneficiário de leniência seriam excluídos do cálculo do dano por ele causado, o que não acarretaria uma desproporção entre a sua condenação e a dos demais cartelizados. No entanto, como apontou em entrevista o Conselheiro Gilvandro Araújo, o acesso aos documentos de leniência deve ser realizado no Brasil para “verificar elementos da leniência para autorizar medidas invasivas, tais como buscas (solicitadas pelo Cade), interceptações (solicitadas pelo MP)”.

empresa não pode sofrer ação de reparação por danos difusos após ser condenada pelo Cade, mas apenas por danos individuais homogêneos. Entendo que a multa do Cade, além de sancionatória, tem natureza reparatória, tanto que é recolhida ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Por isso, não pode a empresa ser obrigada a dois recolhimentos ao FDD”.

51. “Art. 35-D. Divulgar, sem justa causa, informações confidenciais relativas a acordo de leniência, assim definidas por órgão do Cade. Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”
52. Martinez (2013, p. 306) concorda com a desnecessidade da criação de um tipo penal para divulgação de documentos provenientes de leniência. Propõe a imposição de sanção administrativa pelo Cade, no valor entre cinco mil e cinco milhões de reais, de acordo com a gravidade dos fatos e a situação econômica do infrator.

4.2 *Promoção de alterações interpretativas: um papel da advocacia da concorrência*

A advocacia da concorrência é uma missão, dada pela Lei Antitruste ao Cade e à Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), que pode trazer benefícios consideráveis ao fortalecimento do programa de leniência. É necessário que haja uma campanha de aproximação do direito concorrencial das esferas civil e penal, nela contidos tanto os magistrados quanto o Ministério Público que lidem com o tema.

A maneira mais utilizada no Brasil de conscientização e *advocacia da concorrência com relação aos juízes* é o contato direto com os procuradores federais junto ao Cade para a discussão de processos que envolvam a autarquia, sobretudo em casos de medida cautelar busca e apreensão. Também são realizados eventos para discussão do tema⁵³ e foi publicada uma Cartilha da SDE e do Cade (2010) cujo título é “Defesa da Concorrência no Judiciário”⁵⁴ com o mesmo objetivo de aproximar os juízes do enfoque jusconcorrencial.

Na União Europeia, existe um grande esforço para treinar os juízes nacionais para julgamento de casos que envolvam o direito antitruste, como parte da política de defesa da concorrência.⁵⁵ Seguindo o exemplo europeu, o Fundo de Direitos Difusos brasileiro poderia ser utilizado em um projeto para treinar os juízes que tratam do tema em seus processos. A familiaridade com o assunto aumentaria as chances de que o juiz tome uma decisão acertada em processos de cunho tão técnico, e possa alertar suas Secretarias para a importância da confidencialidade. Um problema que poderia advir dessa solução seria o de saber quais juízes deveriam ser treinados, uma vez que a competência para julgamento das questões concorrenciais enfrenta discussões ainda não superadas.⁵⁶

53. Foi realizado nos dias 28 e 29.08.2014, em São Paulo, o seminário “*Compliance e a Defesa da Concorrência*” com o apoio da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3.ª Região – Emag e da Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe. Em 03 e 04.06.2013, um evento chamado “*Defesa da Concorrência e o Poder Judiciário*” foi realizado no auditório do Conselho da Justiça Federal. Essa iniciativa poderia ser replicada e aperfeiçoada a exemplo europeu.

54. Para uma análise aprofundada da interface entre Direito da Concorrência e o Judiciário, cf. “*O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário*”, de Amanda Flávio de Oliveira (2002).

55. UNIAO EUROPELA. European Commission – Competition. Training of national judges and judicial cooperation in the field of EU competition law, 2014. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/court/training.html]. Acesso em: 19.06.2014.

56. Decisão do STF no RE 627.709, de 20.08.2014, definiu que cabe ao autor optar pelo foro em que ajuizará demanda contra o Cade. Desse modo, o julgamento de casos em que a autarquia está no polo passivo pode ser realizada em qualquer comarca brasileira. Este aspecto fragiliza ainda mais o julgamento de questões concorrenciais, vez que dificulta a especialização dos juízes de todo país. Veja mais discussões sobre a competência de

Uma nova interpretação do Código Civil no que diz respeito à indenização a ser paga pelo signatário de acordo de leniência poderia ser aplicada pelos juízes com base no art. 944 do CC/2002, que determina que a indenização seja medida pela extensão do dano. Entretanto, conforme preceitua seu parágrafo único, o juiz tem discricionariedade para reduzir, de maneira equitativa, a indenização, caso haja “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”. Nesse passo, o juiz que analisar o processo de reparação de danos poderia reduzir o valor da indenização a ser paga pelo beneficiário de leniência ao considerar que a gravidade de sua culpa – pelo fato de ter sido o delator da prática – seria inferior à dos demais membros do cartel. Essa abordagem depende do livre convencimento motivado de cada juiz e, por esse motivo, pode ser de difícil aplicação prática em grande escala. Some-se a isto a ressalva de que mesmo com a delação a reprovabilidade da conduta permanece, bem como os danos dela decorrentes. Por fim, deve ser acrescido à discussão da aplicação do parágrafo único do art. 944 o fato de que a responsabilidade civil concorrencial é considerada pela maioria dos especialistas uma responsabilidade civil objetiva.⁵⁷ Segundo esta lógica, não poderia ser aplicado o raciocínio acima, já que a culpa (elemento subjetivo) não seria discutida no processo.

O *envolvimento do Ministério Público (MP)*⁵⁸ nos casos em que haja leniência pode ocorrer nos seguintes momentos: (a) na assinatura do acordo, que o membro do MP pode assinar como interveniente anuente;⁵⁹ (b) na propositura de ação criminal contra os acusados, excluídos os beneficiários da leniência; (c) na promoção de ação civil pública⁶⁰ contra os condenados pelo cartel para obtenção de reparação dos danos por ela ocasionados. No último caso, o papel do MP seria de demandar judicialmente a reparação dos danos que o signatário de leniência causou. Uma solução possível para a questão seria, como aponta Milagres (2005, p. 201), ele próprio um membro do MPMG, a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) entre o MP (com anuência da Secretaria Nacional do Consumidor ou

julgamento das questões concorrenciais em Cravo (2010, p. 604) e Carvalho, L. (2011, p. 26-27).

57. GANDARA, L. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC* 21/331-350.

58. Para a relação entre MP e Concorrência, veja Milagres (2005). Para a defesa dos interesses dos consumidores em juízo, veja Caixeta (2013). Em geral, a assinatura dos acordos de leniência tem a participação de um membro do MP Federal e do MP do Estado em que a conduta ocorreu.

59. Três dos cinco acordos de leniência públicos tiveram certamente a intervenção do MP: peróxidos, cargas aéreas e metrô. Presume-se que também tenha havido no cartel das resinas, pela tendência observada nos acordos mais recentes.

60. A competência para propositura de ação civil pública está prevista no art. 5.º da Lei 7.347/1985.

do Procon da região que sofreu com a infração) e os signatários de acordo de leniência, em que o último se comprometa a colaborar com o fornecimento de provas para mensuração da extensão do dano, e em troca pague um valor inferior ao dano concorrencial ocasionado por sua participação na conduta. Importante destacar a dificuldade de quantificação do dano concorrencial, o que poderia ser um obstáculo à assinatura deste tipo de termo.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho verificou quais são os novos mecanismos de proteção à leniência na Europa e sua possível adequação ao ordenamento jurídico brasileiro, que se concluiu pertinente.

Com relação à *responsabilidade civil do signatário de acordo de leniência*, o novo modelo europeu nos parece adequado, com o fim da responsabilidade solidária do delator. Ademais, a mudança legislativa deveria ser acrescida de uma política de incentivo à leniência que teria duas vertentes: a primeira, encabeçada pelo MP, visaria mitigar pagamento de indenização civil pelo signatário de leniência ao Fundo de Direitos Difusos. A segunda vertente, liderada pelo Ministério da Justiça, com o auxílio do Cade e da Seae, seria de advocacia da concorrência, com a promoção de cursos de atualização sobre direito concorrencial e leniência para juízes federais e estaduais que possuam demandas relativas à matéria.

Sobre a *confidencialidade*, uma alteração legislativa que impeça o acesso aos documentos de leniência no âmbito dos processos de reparação civil deveria ser adotada pelo Brasil. Somada à conscientização judicial, essa iniciativa poderia acabar com os fatores de inibição à leniência.

Conclui-se que os mecanismos atuais de proteção à leniência no Brasil estão defasados e mostram-se ineficientes, e que o país precisa dedicar-se a evoluirlos a exemplo do recente engajamento europeu em um novo projeto de Diretiva.

6. BIBLIOGRAFIA

- AMARO, R. *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*. Paris: Université Paris V (Descartes), 2012.
- ANDERS, E. C.; PAGOTTO, L.; BAGNOLI, V. *Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Método, 2012.
- AZEVEDO, P. F. D. Análise econômica da defesa da concorrência. In: TIMM, L. B. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- BIEN, F. *Procedures – Dommages-Interets – Programme de Clemence – Acces Aux Documents Detenus Par Les Anc: La Cour d'appel de Düsseldorf refuse également l'accès aux documents remis au Bundeskartellamt dans le cadre du programme de clémence (Kaffeeröster)*. *Revue Concurrences*. vol. 4. p. 181-182. Paris, 2012.

- _____. Procedures – Dommages-Interets – Programme de Clemence – Acces Aux Documents Detenus Par Les Anc: Le Tribunal d'instance de Bonn a validé le refus d'accès aux documents remis au Bundeskartellamt dans le cadre du programme de clémence. *Revue Concurrences*. vol. 2. p. 174-176. Paris, 2012.
- CAIXETA, D. B. Novas diretrizes da política antitruste brasileira: o consumidor e a atuação do Ministério Público na defesa de seus interesses. *Revista de Defesa da Concorrência*. vol. 1. p. 71-104. Brasília, maio 2013.
- CARVALHO, L. C. L. G. de. Responsabilidade civil concorrencial: a busca pela efetiva reparação de danos. *Biblioteca Digital FGV*, 2011. Disponível em: [<http://biblioteca-digital.fgv.br/dspace/handle/10438/10470>]. Acesso em: 08.02.2014.
- CARVALHO, M. C.; CREDENDIO, J. E. *Jornal Folha de São Paulo*, 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1367921-justica-manda-alcamin-refazer-acao-contra-cartel.shtml>>. Acesso em: 5 maio 2014.
- CARVALHO, V. M. D.; LIMA, T. N. D. C. O novo SBDC e a implementação da política brasileira de defesa da concorrência na análise de condutas anticompetitivas. In: FARINA, L. *A nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Commission Staff working paper*. Bruxelas, 2005.
- _____. *Livro Verde: Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust*. Bruxelas: [s.n.], 2005.
- _____. *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*. Bruxelas: [s.n.], 2008.
- _____. *Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust*. Bruxelas: [s.n.], 2008.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Actions for Damages*. Disponível em: [http://ec.europa.eu/index_pt.htm]. Acesso em: 03.05.2014.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Programa de Leniência. Disponível em: [www.cade.gov.br/Default.aspx?85a566aa71af70ca9ebf94]. Acesso em: 11.04.2014.
- _____. Balanços e apresentações. 2014. Disponível em: [www.cade.gov.br/Default.aspx?5fdf20e02fed2e0c2023]. Acesso em: 10.06.2014.
- CORDOVIL, L. Capítulo VI – Do Programa de Leniência. In: _____ et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- CRATO, D. C. A natureza da intervenção judicial do Cade. In: SEAE. *V Prêmio Seae 2010: Concurso de Monografias sobre os temas Defesa da Concorrência e Regulação Econômica*. Brasília: Seae, 2010.
- EUROPEAN COMPETITION NETWORK. Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012. *European Commission*. p. 1-3. 2012. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf]. Acesso em: 04.04.2014.
- FRANCESCHINI, J. I. G. A nova Lei do Cade – Alguns tópicos de *lege ferenda*. In: FARINA, L. *A nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.
- GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. *Direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- GÂNDARA, L. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. *Revista do IBRAC*. n. 21. p. 331-350. São Paulo, jan.-jun. 2012.
- JORNAL DA GLOBO. Empresas denunciadas por cartel podem devolver R\$ 2,5 bilhões, 2014. Disponível em: [http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/05/empresas-denunciadas-por-cartel-podem-devolver-r-25-bilhoes.html]. Acesso em: 19.06.2014.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Anti-cartel enforcement manual. International Competition Network – ICN. maio 2009. Disponível em: [www.international-competitionnetwork.org]. Acesso em: 15.06.2014.
- JUSBRASIL. Diários. 2014. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br/diarios/73132339/trf-3-judicial-i-17-07-2014-pg-668]. Acesso em: 13.08.2014.
- LEMAIRE, C. Acces Aux Documents – Autorite de la Concurrence: Le législateur français déclare non communicables les documents détenus et élaborés par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision. *Revue Concurrences*. vol. 3. p. 184. Paris, 2011.
- MAHR, E.; LANGE, P. A. Acpera – A glass half full. Wilmer Hale, 2010. Disponível em: [www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/ACERPA%20-%20A%20Glass%20Half%20Full.pdf]. Acesso em: 30.06.2014.
- MARTINEZ, A. P. *Repressão a cartéis: interface entra direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013.
- MARTINS-COSTA, J.; PARGENDLER, M. S. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. *CEJ*. n. 28. p. 15-32. Brasília, jan.-mar. 2005.
- MILAGRES, M. D. O. O Ministério Público e a Defesa da Concorrência. *Revista Jurídica Unijus*. vol. 8. p. 195-203. Uberaba, 2005.
- OLIVEIRA, A. F. D. *O direito da concorrência e o Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SAVOV, V. The EU Court of Justice gives a clear indication that sufficiently substantiated requests for access to documents from cartel victims are a matter of public interest (EnBW). *e-Competitions Bulletin, Revue Concurrences*. n. 64.571. p. 1-4. Paris, fev. 2014.
- SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO. *Combate a cartéis e programa de leniência*. Brasília: Cade, 2009. Disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Cartilha%20Leniencia%20SDE_CADE.pdf]. Acesso em: 09.02.2014.
- _____. *Combate a cartéis e programa de leniência*. Brasília: Publicação Oficial, 2009. vol. 1.
- _____. *Fighting Cartels: Brazil's leniency Program*. Brasília: Publicação Oficial, 2009.
- TAVARES, M. A proteção dos documentos de leniência no âmbito de ações de indenização por violação. *Revista de Defesa da Concorrência*. n. 2. p. 32-44. Brasília, nov. 2013.
- UNIÃO EUROPEIA. *Comissão Europeia*. [S.l.], 2006.

- _____. *Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis*. Bruxelas: [s.n.], 2006.
- _____. *Alterações do Parlamento Europeu à proposta de diretiva sobre ações de indenização no domínio antitruste*. Bruxelas: Parlamento Europeu, 2014.
- _____. European Commission – Competition. Training of national judges and judicial cooperation in the field of EU competition law, 2014. Disponível em: [<http://ec.europa.eu/competition/court/training.html>]. Acesso em: 19.06.2014.

Entrevistas realizadas

- Ana Paula Martinez, em 08.08.2014.
- Arthur Badin, em 27.06.2014.
- Bruno Lana, em 12.08.2014.
- César Mattos, em 15.07.2014.
- Fernando Antônio Oliveira Júnior, em 01.07.2014.
- Gilvandro Araújo, em 30.06.2014.
- Leonor Cordovil, em 28.07.2014.
- Marcelo Calliari, em 07.08.2014.
- Maria Eugênia Novis, em 11.08.2014.
- Mariana Tavares, em 13.08.2014.
- Mauro Grimberg, em 03.08.2014.
- Paulo Furquim, em 29.07.2014.
- Ricardo Ruiz, em 10.07.2014.
- Vinícius Carvalho, em 25.07.2014.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Acordos de leniência – Breve estudo comparativo, de Bruno De Luca Drago – *RIBRAC* 14/49 (DTR\2011\2258);
- Política de combate aos cartéis: os acordos de leniência, o termo de compromisso de cessação e a Lei 11.482/2007, de Danilo Ferraz Córdova e Mariana Rebuzzi Sarcinelli Lopes – *RIBRAC* 15/45 (DTR\2011\2360), e
- Programa de leniência e a lei 12.529/2011: avanços e desafios, de Amadeu de Souza Ferreira Neto – *RIBRAC* 22/145 (DTR\2012\451394).

A PROVA DO DANO NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO CONCORRENCIAL

MARINA SAMPAIO GALVANI

Pós-graduação *Lato Sensu* em Responsabilidade Civil na Fundação Getúlio Vargas – Graduação em Direito na Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Civil; Financeiro e Econômico; Processual.

RESUMO: O Estado repreende as infrações à ordem econômica criminal e administrativamente. Contudo, essas infrações também podem causar danos civis passíveis de indenização. A responsabilização civil dos infratores pode funcionar como um importante mecanismo de prevenção de condutas anti-concorrenciais. Para tanto, é preciso que as ações de indenização movidas para esse fim tornem-se mais recorrentes e efetivas, o que depende de métodos de quantificação de danos que permitam a sua integral reparação e possam ser aplicados pelo Judiciário de forma eficaz. A indenização deve corresponder, porém, à real extensão dos danos, para evitar o enriquecimento ilícito das vítimas de ilícitos concorrenciais.

PALAVRAS-CHAVE: Infrações à ordem econômica – Indenização – Dano – Prova – Quantificação.

ABSTRACT: The State reprehends the violations to the economic order in the criminal and administrative ambits. However, such violations may also cause civil damages subject to indemnification. The civil liability of the agents who commit illicit acts against free competition may work as an important prevention mechanism of this type of conduct in Brazil. This is only possible if the lawsuits filed in order to obtain indemnification for damages caused by violations to the economic order become more effective. Thus, it is necessary to develop methods for quantification of damages that assure full reparation and can be efficiently applied by the Brazilian Judiciary Branch. Nevertheless, the indemnification should correspond to the exact extent of the damages caused, avoiding the unlawful enrichment of the victims of violations to the economic order.

KEYWORDS: Violations to the economic order – Indemnification – Damage – Proof – Quantification.

SUMÁRIO: 1. A responsabilidade civil por infrações à ordem econômica e a sua função preventiva – 2. A prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial: 2.1 A jurisprudência dos tribunais brasileiros; 2.2 A literatura especializada nacional e estrangeira – 3. Conclusão – 4. Referências.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA E A SUA FUNÇÃO PREVENTIVA

É¹ intuitivo que as infrações à ordem econômica não apenas violam a ordem pública ao atentar contra os princípios da livre iniciativa, livre concorrência e de-

fesa do consumidor, mas também causam danos de natureza privada àqueles que efetivamente sofrem os prejuízos decorrentes de tais infrações, que são, em última instância, os consumidores dos produtos e serviços ofertados pelos infratores, sejam eles consumidores finais ou não, pessoas físicas ou jurídicas.

Nesse contexto, as infrações à ordem econômica podem ser compreendidas como ações que violam direitos subjetivos de terceiros, causando-lhes danos. Constituem, portanto, ato ilícito civil, nos termos do art. 186 do CC/2002. É preciso analisar em maior detalhe, porém, em que consistem os danos de natureza privada causados por esse tipo de infração.

As infrações à ordem econômica visam a diminuir ou eliminar a livre concorrência, para aumentar o poder dos agentes através da dominação irrestrita de mercados e do aumento ilimitado de lucros. Esses objetivos podem ser atingidos de várias formas, que possuem como consequência comum o aumento do preço dos produtos e serviços ou, pelo menos, a queda da sua qualidade, causando danos aos seus consumidores diretos e indiretos.

A esse respeito, é importante lembrar que as infrações à ordem econômica podem ocorrer mesmo se a conduta dos agentes não tiver qualquer efeito identificável. Para caracterizar a infração, basta que o ato tenha o potencial de causar efeitos anticoncorrenciais, conforme referido pelo art. 36 da Lei Antitruste (Lei 12.529/2011).

As infrações à ordem econômica apenas causarão prejuízos aos consumidores, no entanto, se surtirem efeitos práticos. Nessa hipótese, estarão caracterizados todos os pressupostos da responsabilidade civil que, conforme o ensinamento de Regina Beatriz Tavares da Silva,² consistem em: (i) violação de um dever ou abuso de direito (no caso, a violação do dever de respeitar a livre concorrência e o abuso do poder econômico); (ii) dano (no caso, os prejuízos causados aos consumidores); e (iii) nexo de causalidade entre o ato e o dano (no caso, a relação de causa e efeito entre a prática da infração à ordem econômica e os prejuízos sofridos pelos consumidores de produtos e serviços).

Estando verificados tais pressupostos, os agentes que cometem as infrações à ordem econômica podem ser responsabilizados civilmente, nos termos do art. 927 do CC/2002. Essa responsabilização possui duplo efeito: não apenas permite o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelos consumidores, como também funciona como um desestímulo ao cometimento de novas infrações. Isso porque, uma vez cientes de que terão de ressarcir todos os danos decorrentes de eventuais infrações à ordem econômica, os agentes podem chegar à conclusão de que não vale a pena cometê-las, com base em uma análise de custo-benefício.

2. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Sistema protetivo dos direitos da personalidade. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coords.). *Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35.

Tanto assim que o art. 47, da Lei Antitruste afirma que aqueles prejudicados por infrações à ordem econômica poderão ingressar em juízo para obter indenização pelos danos sofridos, independentemente de inquérito ou processo administrativo.

Para que a responsabilidade civil de fato desempenhe uma função preventiva de infrações à ordem econômica, é preciso que ela se mostre um instrumento efetivo. Porém, as demandas indenizatórias movidas contra infratores da ordem econômica apresentam uma série de obstáculos a serem superados para que possam ser consideradas como instrumentos eficientes de reparação e dissuasão.

O primeiro e principal desses obstáculos é a prova dos danos causados pelas infrações à ordem econômica. Apenas os danos reais e efetivos, comprovadamente decorrentes das infrações, devem ser indenizados, sob pena de banalização do instituto. Afinal, como bem sintetiza Maria Helena Diniz, “não pode haver responsabilidade civil sem existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão”.³

Daí decorre a absoluta necessidade de comprovação dos danos decorrentes das infrações à ordem econômica, que não é tarefa fácil, dada a origem mercadológica dessas lesões.

2. A PROVA DO DANO NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO CONCORRENCIAL

2.1 *A jurisprudência dos tribunais brasileiros*

Para analisar a posição da jurisprudência brasileira com relação à prova do dano nas ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial, foi realizada uma pesquisa no acervo de jurisprudência das páginas da Internet de *todos os tribunais estaduais e federais do Brasil*. O STJ e o STF foram excluídos da pesquisa pelo fato de não analisarem matéria de prova, conforme o disposto na Súmula 7 do STJ.

Ainda assim, a pesquisa realizada foi abrangente com relação ao número de tribunais cujo acervo de jurisprudência foi pesquisado, para que o seu resultado pudesse ser considerado suficientemente representativo, e realmente demonstrasse a forma como a totalidade dos tribunais brasileiros está lidando com a questão da prova do dano nesse tipo de demanda.

Foram definidas palavras chaves de pesquisa de caráter genérico, capazes de identificar quaisquer litígios que envolvessem infrações à ordem econômica. Dentre esses casos, foram selecionados aqueles que envolviam acusações de infração à ordem econômica bem fundadas e consideradas como comprovadas nos autos.

3. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro – Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 55.

Foram desprezados os litígios que envolviam acusações desprovidas de fundamento jurídico, ou que não foram minimamente comprovadas pelo autor da ação. Isso porque a discussão sobre a prova do dano ficaria necessariamente prejudicada diante da ausência de ato ilícito efetivo.

A seguir, foram selecionados os casos que envolviam pedido de indenização, desprezando diversas demandas cujos pedidos restringiam-se a pedidos de obrigações de fazer ou não fazer com vistas a fazer cessar a violação concorrencial.

O alto número de demandas com pedido restrito à obrigação de fazer ou não fazer provavelmente se deve à própria dificuldade de produção de provas dos danos causados por atos ilícitos concorrenciais, conforme já havia previsto Roberto Pfeiffer⁴ em artigo sobre as ações coletivas em matéria de livre concorrência.

As palavras chaves de pesquisa utilizadas foram: (i) violação ordem econômica; (ii) infração ordem econômica; (iii) violação concorrência; (iv) infração concorrência; (v) livre concorrência; e (vi) abuso poder econômico.⁵

Ao final, foram localizados 20 precedentes que envolvem pedido de indenização por ato ilícito concorrencial, sendo 8 no TJMT,⁶ 1 no TJSP,⁷ 2 no TJRJ,⁸ 8 no TJRS⁹ e

-
4. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. RDC 49/11. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar., 2004, p. 11-39.
 5. A ferramenta de busca de alguns tribunais mostrou-se bastante imprecisa para os termos utilizados. Por isso, sempre que disponível, utilizou-se a opção de busca por *todas* as palavras inseridas. Nos casos em que ainda assim o volume de julgados localizados pela ferramenta de busca foi muito elevado, resultando em julgados imprecisos, optou-se por utilizar as expressões entre aspas, com os seus devidos conectores, a saber: (i) “violação à ordem econômica”; (ii) “infração à ordem econômica”; (iii) “violação à livre concorrência”; (iv) “infração à livre concorrência”; (v) “livre concorrência” e (vi) “abuso de poder econômico”.
 6. TJMT, Ac 111789/2008, j. 16.11.2009, rel. Des. Antonio Horácio da Silva Neto; Ac 118129/2008 j. 01.07.2009, rel. Des. A. Bitar Filho; Ac 115574/2008, j. 10.08.2009, rel. Des. Antonio Horácio da Silva Neto; AC 43037/2012, j. 25.09.2012, rel. Des. José Silvério Gomes; Ac 35466/2012, j. 25.09.2012, rel. Des. José Silvério Gomes; Ac 69021/2006, j. 23.05.2007, rel. Des. Donato Fortunato Ojeda; Ac 35378/2012, j. 06.11.2012, rel. Des. José Silvério Gomes; Ac 35443/2012, j. 06.11.2012, rel. Des. José Silvério Gomes.
 7. TJSP, Ac 994.03.009153-6, j. 08.02.2010, rel. Des. Luiz Ganzerla.
 8. TJRJ, Ac 2006.001.02659, j. 17.03.2006, rel. Des. Letícia Sardas; Ac 7470/2002, j. 20.08.2002, rel. Des. Joaquim Alves de Brito.
 9. TJRS, Ac 70033360900, j. 26.07.2012, rel. Des. Arnildo Ludwig; Ac 70028627479, j. 29.10.2009, rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz; Ac 70018714857, j. 12.07.2007, rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino; Ac 70015095847, j. 11.04.2007, rel. Des. Odone Sanguiné; Ac 7001670183, j. 21.12.2006, rel. Des. Paulo Antonio Kretzmann; Ac 7001513254, j. 14.12.2006, rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz; Ac 70013859046, j. 28.07.2006, rel. Des. Rubem Duarte; Ac 70044399210, j. 13.02.2012, rel. Des. Mário Crespo Brum.

1 no TRF-4.^a Reg.¹⁰ Em 4 dos precedentes localizados,¹¹ houve apenas condenação por dano moral (individual ou coletivo). Em 7 dos precedentes, houve condenação por dano material a ser apurado em liquidação de sentença.¹² Em 7 dos precedentes, houve condenação ao pagamento de indenizações por danos materiais com valores arbitrados aleatoriamente pelos tribunais.¹³ Por fim, em 2 dos precedentes¹⁴ houve condenação por danos materiais apurados em perícia contábil.

A análise dos precedentes que condenaram os réus ao pagamento de indenização por danos morais individuais ou coletivos não é relevante para o escopo deste trabalho, que restringe-se à prova dos danos materiais causados por ato ilícito concorrencial. O fato é que os danos morais não necessitam de prova (no sentido de quantificação ou de demonstração da medida em que o direito da personalidade foi violado). Tratam-se de danos *in re ipsa*, como ensina Carlos Alberto Bittar.¹⁵ Ou seja, basta que se comprove o fato que lhes deu origem, e os danos morais serão tidos por comprovados, conforme assentado pela jurisprudência do STJ.¹⁶ Exatamente por isso, a quantificação dos danos morais está sujeita apenas a técnicas de arbitramento definidas pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios de razoabilidade, que não serão objeto de análise neste trabalho.

Dentre os acórdãos em que houve condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, 5 foram proferidos pelo TJMT e dizem respeito a um cartel de postos de gasolina ocorrido no estado em meados dos anos de 2004 e 2005.¹⁷

-
10. TRF-4.^a Reg. Ac 5021730-87.2011.404.7100, j. 27.06.2012, rel. Des. Fernando Quadros da Silva.
 11. TJMT, Ac 111789/2008 (op. cit.); Ac 115574/2008 (op. cit.); e Ac 69021/2006 (op. cit.). TJSP, Ac 994.03.009153-6 (op. cit.).
 12. TJRS, Ac 70033360900 (op. cit.); Ac 70028627479 (op. cit.); Ac 70018714857 (op. cit.); Ac 70015095847 (op. cit.); Ac 70016701831 (op. cit.); Ac 70015132541 (op. cit.); Ac 70013859046 (op. cit.).
 13. TJMT, Ac 118129/2008 (op. cit.); Ac 43037/2012 (op. cit.); Ac 35466/2012 (op. cit.); Ac 35378/2012 (op. cit.); Ac 35443/2012 (op. cit.). TJRS, Ac 70044399210 (op. cit.); TRF-4.^a Reg., Ac 5021730-87.2011.404.7100 (op. cit.).
 14. TJRJ, Ac 2006.001.02659 (op. cit.); Ac 7470/2002 (op. cit.).
 15. "(...) observa-se que a responsabilização do agente se realiza pelo simples fato da violação de direitos da personalidade do lesado (*damnum in re ipsa*). Os danos em tela são perceptíveis pelo senso comum, porque interferem com a natureza humana, cumprindo a respectiva identificação, em concreto, ao juiz." (BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Ed. RT, 1993, p. 239).
 16. "Este Tribunal já decidiu que, 'quanto ao dano moral não há que se falar em prova, deve-se, sim, comprovar o fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam'." STJ, AgRg 524.103, j. 09.04.2010, rel. Des. convocado Vasco Della Giustina – destaques acrescentados.
 17. TJMT, Ac 118129/2008 (op. cit.); Ac 43037/2012 (op. cit.); Ac 35466/2012 (op. cit.); Ac 35378/2012 (op. cit.); Ac 35443/2012 (op. cit.).

O Ministério Público Estadual moveu uma série de ações civis públicas contra os postos de gasolina, requerendo, entre outros pedidos, a sua condenação a “pagar indenização aos consumidores lesados, por meio do ressarcimento do valor que ultrapassar a margem de lucro bruto de 20% (vinte por cento) na revenda de gasolina comum e álcool etílico hidratado”.¹⁸

Os precedentes acolhem esse pedido sem mencionar qualquer aspecto sobre a produção de prova dos danos materiais ou a razão do Ministério Público ter requerido a fixação da margem de lucro bruta dos postos de gasolina exatamente em 20%. Pelo contrário, os acórdãos apenas aceitaram o patamar e o valor estabelecido a título de danos materiais pelo Ministério Público, sem fazer maiores ponderações a respeito.

Como será visto a seguir, a fixação de uma margem de lucro razoável pode ser um método possível para fixação de danos materiais decorrentes de infração à ordem econômica. Essa fixação, porém, deve estar fundamentada em dados reais sobre os custos da atividade ou as demonstrações financeiras das empresas envolvidas. Tais fundamentos não foram utilizados nas ações propostas pelo Ministério Público do Mato Grosso, levando à conclusão de que a fixação da margem de lucro foi feita aleatoriamente.

A mesma aleatoriedade pode ser identificada em um dos acórdãos proferidos pelo TJRS em um caso de ação coordenada de postos de gasolina para aumentar os seus preços durante um feriado.¹⁹ Ao relatar o caso, o acórdão afirma que o preço do litro de combustível aumentou em 10 centavos durante o feriado. Porém, o acórdão determina que cada consumidor deverá ser ressarcido em dobro, recebendo 20 centavos por litro de gasolina adquirida durante o período em que houve o aumento, acrescidos de juros de mora de um por cento ao mês.

Não há base alguma para que a indenização por danos materiais equivalha ao dobro do valor gasto a maior por cada consumidor com a aquisição de combustível. Ao que parece, a decisão procurou punir o réu por sua conduta através do valor da indenização por danos materiais. Contudo, a indenização punitiva não é prevista pela legislação brasileira e, ainda assim, o acórdão nem mesmo deixou claro que a sua intenção era a de punir o réu, razão pela qual a indenização mostrou-se simplesmente aleatória, sem relação com os danos causados.

O acórdão proferido pelo TRF-4.³ Reg. possui o mesmo caráter aleatório no que diz respeito à indenização por dano material.²⁰ A decisão considerou que as rés, empresas distribuidoras de gás, formaram um cartel na região de Porto Alegre e

18. TJMT, Ac 43037/2012 (op. cit.).

19. TJRS, Ac 70044399210 (op. cit.).

20. TRF-4.⁴ Reg., Ac 5021730-87.2011.404.7100 (op. cit.).

Canoas, que resultou no aumento dos preços dos botijões de gás comercializados na região.

O próprio acórdão afirma que os autores fizeram uma proposta razoável para a definição do valor da indenização por danos materiais, consistente em “0,10 (dez centavos de real) para cada botijão de gás (P2 + P13 + P45) comercializado no período (ano de 1991 a 1997) segundo dados do DNC, sendo cada ré condenada de acordo com sua participação no mercado na época, maiores lucros, maiores sanções”. No entanto, a decisão considerou que esse método de apuração do valor devido causaria percalços excessivos à execução, pois seria muito difícil e tomaria tempo conseguir os documentos necessários. Por isso, o acórdão condenou as rés ao pagamento do valor aleatório de um milhão de reais a título de indenização, a ser dividida entre as rés de acordo com a sua participação no mercado à época do cartel. O valor da indenização arbitrada foi totalmente dissociado dos danos efetivamente causados pelas rés, sendo equivalente ao valor que os autores atribuíram à causa para meros fins de alçada, o que não se mostra adequado.

Os precedentes que determinaram a quantificação dos danos materiais em posterior liquidação da sentença foram proferidos pelo TJRS em ações civis públicas praticamente idênticas,²¹ ajuizadas pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul contra postos de gasolina em razão do aumento coordenado de seus preços durante um determinado feriado. Os acórdãos confirmam a procedência das demandas, e estabelecem o dever dos réus de indenizar os consumidores pelo preço pago a maior pelo combustível, nos termos dos arts. 95 e 98, do CDC.

Os arts. 95 e 98, do CDC disciplinam a condenação pecuniária em ações coletivas que envolvem direitos individuais homogêneos, determinando que a decisão proferida no processo de conhecimento estabeleça genericamente a responsabilidade do réu, deixando a prova individual do dano sofrido por cada membro da coletividade que se habilite para tanto em uma segunda fase do processo. Apenas após devidamente identificados (liquidados) os danos individuais, tem início a execução, que pode ser conduzida coletivamente.

O problema dessas decisões é que elas não determinam nenhum método para a apuração dos danos individualmente sofridos por cada consumidor. Presume-se que os consumidores deverão apresentar a nota fiscal de venda do combustível adquirido durante o feriado em que foi constatado o aumento arbitrário de lucro, e os réus terão de ressarcir cada consumidor da diferença entre esse valor e o preço do combustível que estava sendo praticado antes do feriado em questão. Porém, esse método não fica claramente estabelecido nos acórdãos.

21. TJRS, Ac 70033360900 (op. cit.); Ac 70028627479 (op. cit.); Ac 70018714857 (op. cit.); Ac 70015095847 (op. cit.); Ac 70016701831 (op. cit.); Ac 70015132541 (op. cit.); Ac 70013859046, (op. cit.).

Se efetivamente empregado, o método da diferença entre o preço injustificadamente cobrado a maior durante os dias do feriado e o preço anterior pode ser considerado satisfatório para a apuração dos danos causados pela prática concorrencial ilícita aos consumidores representados pelo Ministério Público.

Por fim, os acórdãos proferidos pelo TJRJ definiram o valor devido a título de indenização por danos materiais com base em perícias contábeis sobre as empresas que foram prejudicadas pelas práticas anticoncorrenciais adotadas pelas rés.²² Foram realizadas perícias contábeis nas demonstrações financeiras das empresas autoras, que puderam identificar com precisão os prejuízos sofridos por elas. Os acórdãos não explicam qual foi o método adotado pelas perícias, porém deixam claro que os laudos periciais foram devidamente submetidos ao contraditório e foram considerados suficientemente precisos pelos juízes competentes.

O método de quantificação de danos materiais baseado em perícia sobre as contas das empresas que alegam terem sido prejudicadas por condutas anticoncorrenciais parece bastante satisfatório, pois permite que a indenização equivalha ao prejuízo material de fato sofrido.

A partir da análise jurisprudencial realizada, conclui-se que há poucas decisões proferidas pelos tribunais nacionais que tratam de ações de responsabilidade civil por atos ilícitos concorrenciais, sendo que foram encontradas apenas 20 decisões a esse respeito em todos os tribunais do país. Dentre essas poucas decisões, apenas a metade utilizou métodos minimamente satisfatórios para apurar o valor da indenização devida, de forma que esta correspondesse aos danos efetivamente causados pelas infrações à ordem econômica.

2.2 A literatura especializada nacional e estrangeira

A produção doutrinária brasileira sobre as ações de responsabilidade civil por ato ilícito concorrencial é escassa, e não se dedica de forma ampla ao aspecto prático da produção da prova dos danos materiais causados pelas infrações à ordem econômica.

Os estudiosos brasileiros que chegaram a abordar esse tema limitam-se a considerar que os prejuízos de ordem material comumente causados pelas infrações à ordem econômica consistem tanto em danos emergentes, decorrentes do aumento dos preços de produtos e serviços de mercados afetados pelo ato ilícito concorrencial, quanto em lucros cessantes decorrentes das perdas econômicas geradas por essas infrações durante o período abrangido pelas demandas.²³

22. TJRJ, Ac 2006.001.02659 (op. cit.); Ac 7470/2002 (op. cit.).

23. ANDRADE, Maria Cecília; ARANTES, Álvaro Brito. Private enforcement of competition Law in Brazil. *Global Competition Litigation Review*. n. 1, vol. 5, p. 26, 2012; MAGGI, Bruno Olivei-

As perdas econômicas que constituem lucros cessantes são mais facilmente atribuídas a consumidores indiretos, ou seja, às empresas que se relacionam com o infrator da ordem econômica no mercado. Isso porque a infração pode causar, por exemplo, um aumento artificial no preço de insumos utilizados pelas empresas, o que pode encarecer os seus produtos e serviços e levar a uma diminuição no volume de vendas. Alternativamente, é possível que um infrator da ordem econômica pratique preço predatório, dando causa a uma perda de clientela do seu concorrente direto que não ocorreria sem a prática abusiva perpetrada pelo infrator.

A divisão entre danos emergentes e lucros cessantes feita pela doutrina brasileira faz ressurgir a questão da prova dos lucros cessantes no âmbito da responsabilidade civil por atos ilícitos concorrenciais. Para que sejam efetivamente indenizáveis, os lucros cessantes devem ter um componente suficiente de certeza para que não sejam equiparados a danos hipotéticos, que não podem ser indenizados, como já ficou consignado pela jurisprudência do STJ.²⁴

Questiona-se, então, como poderia ser feita a prova dos lucros cessantes sofridos pelos consumidores indiretos. É preciso atentar para o fato de que esse cálculo precisa levar em consideração o eventual repasse ao consumidor do aumento dos preços de insumos ocasionados por atos ilícitos concorrenciais, para que a indenização que venha a ser arbitrada não dê causa ao enriquecimento ilícito do consumidor indireto. Tais aspectos práticos não são, porém, objeto de análise mais aprofundada pela doutrina brasileira.

Mesmo em relação aos danos emergentes, consistentes no aumento dos preços ou queda da qualidade de produtos e serviços, a doutrina brasileira especializada não aborda em maior detalhe os meios de prova que poderiam ser utilizados para determinar qual é a exata dimensão do sobrepreço ou perda qualitativa causados por cada infração à ordem econômica, exceção feita à menção genérica a perícias contábeis, prova documental e testemunhal.²⁵

Uma vez que a doutrina brasileira não apresenta parâmetros para definir como deve ser feita a prova dos danos materiais nas ações de responsabilidade civil por atos ilícitos concorrenciais, essa resposta deve ser buscada na doutrina especializada estrangeira, pois a análise dos meios de prova que vem sendo utilizados em

ra. *O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2010, p. 149-150.

24. "A indenização por lucros cessantes não pode ter por base o lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito, mas deve representar o que a vítima efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de ganhar, em decorrência direta e imediata do ilícito." – STJ, REsp 1129538, j. 01.12.2009, rel. Min. Honildo de Mello Castro, – destaques acrescentados.

25. ANDRADE, Maria Cecília; ARANTES, Álvaro Brito. Op. cit., p. 26.

outras jurisdições pode definir as premissas a serem seguidas na produção de provas em demandas semelhantes que venham a ser analisadas pelo Poder Judiciário brasileiro.

Chama atenção, a princípio, o sistema de defesa da concorrência norte-americano, que é altamente desenvolvido. As ações de responsabilidade civil por atos ilícitos concorrenciais são amplamente utilizadas nos Estados Unidos da América. Esse tipo de demanda é chamado de “*private enforcement*”, e funciona como uma das mais importantes formas de repressão a atos de violação à livre concorrência naquele país.

A título ilustrativo, vale considerar o estudo elaborado por Lande e Davis no ano de 2011, que analisou quarenta dos maiores casos de cartel nos Estados Unidos da América nos últimos vinte anos. O estudo concluiu não apenas que a metade desses cartéis foi descoberta através de ações privadas de indenização, como também que as demandas indenizatórias possuem um papel mais relevante na dissuasão dos cartéis que a atuação do departamento de justiça norte-americano (*Department of Justice – DOJ*) através da aplicação de penas de multa e prisão.²⁶

Essa realidade da jurisdição norte-americana se explica em parte por haver uma legislação específica no país a respeito do ressarcimento de danos privados causados por atos ilícitos concorrenciais. Referida legislação é chamada de *Clayton Act*, e entrou em vigor em 15.10.1914. O *Clayton Act* regula as ações judiciais movidas por partes privadas para buscarem a reparação de danos causados por violações antitruste.

Vale destacar que o *Clayton Act* prevê que as vítimas desse tipo de violação podem pleitear indenizações no valor de até três vezes os danos efetivamente sofridos, o que ajuda a explicar o alto valor das indenizações estabelecidas nas demandas movidas nos Estados Unidos da América. Tal valor elevado, por sua vez, fomenta o ajuizamento de ações de indenização por atos ilícitos concorrenciais. Entre os anos de 1990 e 2005, por exemplo, foram ajuizadas uma média de 750 ações indenizatórias desse tipo por ano.²⁷ Trata-se de clara aplicação pelo direito norte-americano da figura dos danos punitivos, que não são previstos de forma expressa pela legislação brasileira, e cuja aplicação ainda é objeto de controvérsia no Brasil.

Outro relevante ponto de divergência entre as jurisdições norte-americana e brasileira é o fato de que o sistema jurídico norte-americano prevê o julgamento de questões civis por júri popular. Isso significa que mesmo uma questão comple-

26. LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P. Benefits from private antitrust enforcement: an analysis of forty cases. University of San Francisco Law Research Paper, n. 2011-22. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1090661]. Acesso em: 02.11.2013.

27. OSTOYICH, Joseph; LONGMAN, Timothy. U.S. Private enforcement. *The Antitrust Review of the Americas*. Londres, 2011, p. 12.

xa como a prova dos danos causados por supostos atos ilícitos concorrenciais é submetida a um corpo de jurados constituído de cidadãos comuns. Esse fato torna o julgamento dessas ações mais sensível, o que ajuda a explicar o grande número de acordos celebrados em seu bojo. Vale mencionar, por exemplo, que 39 dos 40 grandes casos de cartel analisados por Lande e Davis em seu estudo de 2011 foram encerrados por acordos celebrados entre as partes.²⁸

Diante desse cenário, a questão da prova do dano nas ações de responsabilidade civil por atos ilícitos concorrenciais não parece ser um ponto de grande atenção da doutrina norte-americana. O mesmo não ocorre com a União Europeia, cujos países-membros possuem um sistema jurídico mais similar ao sistema brasileiro do que o norte-americano.

Já há algum tempo a Comissão Europeia tem procurado implementar as ações de responsabilidade civil por atos ilícitos concorrenciais de forma mais efetiva nos países membros do bloco econômico, por enxergar nessas ações uma das principais formas de assegurar o cumprimento da legislação antitruste europeia.²⁹

No ano de 2005, foi produzido um estudo para a Comissão Europeia que identificou os principais obstáculos às ações de responsabilidade civil por atos ilícitos concorrenciais. Esses obstáculos foram sistematizados em um livro verde, publicado em 19.12.2005, destinado a fomentar o debate a respeito desse tipo de ação.³⁰ Uma das questões propostas pelo livro verde de 2005 dizia respeito à quantificação das indenizações por ato ilícito concorrencial, debatendo a conveniência da utilização de modelos econômicos complexos para quantificar os danos causados, em comparação à adoção de métodos mais simples.

Ao livro verde seguiu-se a publicação de um livro branco pela Comissão Europeia, em 02.04.2008, o qual sugeriu a adoção de políticas específicas pelos países-membros da União Europeia para facilitar as ações de indenização por atos ilícitos

28. Apenas um dos quarenta grandes casos de cartel analisados no estudo encerrou-se com uma condenação unânime do réu pelo corpo de jurados. Em todos os demais casos houve acordo, sendo que um deles envolveu apenas um dos réus da ação, que prosseguiu em relação ao réu remanescente.

29. "Strengthening damages claims by companies and consumers has several advantages: it ensures that businesses and consumers harmed by anti-competitive activity are compensated for their losses; it enhances the overall level of respect for the EC competition rules by discouraging companies from engaging in anti-competitive activity; it brings the benefits of Community law closer to the citizen". COMISSÃO EUROPEIA. Competition: Commission launched consultations on facilitating damages claims for breaches of EU competition Law. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/pressrelease_IP051634_en.htm?locale=en]. Acesso em: 02.11.2013.

30. COMISSÃO EUROPEIA. Livro verde – ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust. Disponível em: [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0672:FIN:PT:PDF>]. Acesso em: 02.11.2013.

concorrenciais.³¹ O livro branco afirma que para calcular a extensão dos danos causados por infrações à livre concorrência é necessário fazer um exercício hipotético para definir qual seria a situação da vítima se a infração não tivesse ocorrido, sendo que o dano corresponde à diferença entre essa situação hipotética a circunstância real da vítima. O livro admite que esse é um cálculo complexo, e reconhece que pode ser impossível chegar a um montante exato do valor dos danos causados por violações à livre concorrência. Nessa esteira, o livro branco pondera que a exigência de certeza quanto ao valor dos danos pelas leis nacionais pode se mostrar descabida diante da importância de se assegurar a efetiva indenização dos danos causados por esses atos.

O livro branco propôs, assim, que a Comissão Europeia elaborasse um guia prático contendo métodos de diferente precisão para o cálculo do valor dos danos sofridos pelas vítimas de atos ilícitos concorrenciais. E assim foi feito. O guia prático foi publicado em 11.06.2013,³² juntamente com uma comunicação no sentido de que o guia tem caráter informativo e não vinculativo aos países membros, e possui o objetivo de servir como orientação aos tribunais nacionais a respeito dos métodos e técnicas disponíveis para a quantificação dos danos causados por atos ilícitos concorrenciais.³³

Apesar de não vinculativo aos Estados-membros da União Europeia, o guia prático de 2013 é um instrumento de grande auxílio no que diz respeito à quantificação dos danos causados por atos ilícitos concorrenciais, pois descreve diversos métodos possíveis, de diferentes graus de complexidade, para fazer esse cálculo. Como adverte

31. COMISSÃO EUROPEIA. Livro branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust. Disponível em: [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:PT:PDF]. Acesso em: 02.11.2013.

32. COMISSÃO EUROPEIA. Guia prático – quantificação dos danos nas acções de indemnização com base nas infrações aos artigos 101º e 102º do tratado sobre o funcionamento da União Europeia. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_pt.pdf]. Acesso em: 02.11.2013.

33. COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da comissão sobre a quantificação dos danos nas acções de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, 13.06.2013, C167, p. 19-21. Disponível em: [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:PT:PDF]. Acesso em: 02.11.2013. Após a publicação do guia prático, a Comissão Europeia ainda editou uma proposta de diretiva para facilitar as acções de indemnização por danos causados por atos ilícitos concorrenciais, que foi aprovada em 17.04.2014 pelo Parlamento Europeu (COMISSÃO EUROPEIA. Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as acções de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Disponível em: [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:REV1:PT:HTML]. Acesso em: 25.07.2014), e está aguardando aprovação final pelo Conselho da União Europeia (Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html]. Acesso em: 25.07.2014).

o próprio guia, os métodos nele listados divergem quanto ao volume necessário de dados reais sobre o mercado em que ocorreu a infração. Alguns métodos precisam de um grande número de dados reais sobre o mercado para funcionar, enquanto outros podem fiar-se em presunções da teoria econômica. Quanto mais dados efetivos forem utilizados pelo método, mais a quantificação dos danos se aproximará da realidade, sempre partindo da premissa de que determinado nível de incerteza é inevitável, por ser inerente à natureza dos danos causados por atos ilícitos concorrenciais.

Os métodos de quantificação propostos pelo guia prático dividem-se, essencialmente, entre os métodos comparativos e métodos de simulação. Os métodos comparativos podem ser implementados através de técnicas mais simples de comparação direta, ou técnicas estatísticas de regressão. Já os métodos de simulação podem consistir na aplicação de modelos econômicos de mercados, análise de custos empresariais e análises financeiras empresariais.

Os métodos comparativos são três, e buscam definir qual seria a situação da vítima se não fosse pelo ato ilícito concorrencial, para depois compará-la com a situação real e determinar, assim, o valor dos danos sofridos. Para tanto, é possível comparar a situação atual do mercado onde ocorreu a infração: (i) com a situação desse mesmo mercado antes ou depois do período em que ocorreu a infração; (ii) com a situação de outro mercado geograficamente diferente, mas semelhante; ou (iii) com a situação do mercado de outro produto/serviço diferente, mas semelhante ao do mercado em que ocorreu a infração.

O guia esclarece que os métodos comparativos utilizam dados reais, e não pressupostos. Esses dados podem ser relativos ao mercado (como, por exemplo, preços e custos de produção), ou relativos a informações internas das empresas atuantes no mercado.

O método comparativo mais efetivo previsto pelo guia prático consiste em uma combinação da comparação do mesmo mercado no tempo com um tipo de mercado diferente (geográfico ou de produto/serviço semelhante). Essa técnica é chamada de método das "duplas diferenças", e consiste em comparar o mercado onde ocorreu a infração por um determinado período de tempo (que inclua o espaço de tempo em que a infração ocorreu) com outro mercado (geográfico ou de produto/serviço diferente) no mesmo período de tempo. Esse método é eficiente porque permite ao observador enxergar outros fatores que afetam as condições dos mercados analisados que não a infração.

Segundo exposto o guia prático, os métodos comparativos podem ser implementados de forma direta, comparando-se os valores pontuais das variáveis do mercado onde ocorreu a infração com as variáveis³⁴ do mesmo mercado em outros

34. A palavra "variável" é utilizada pelo guia prático para definir o aspecto sobre o qual recaiu o dano alegado. Por exemplo, se o requerente alega que sofreu danos em razão do aumento

períodos ou de outros mercados. A comparação direta também pode utilizar uma média dos valores das variáveis observadas nos mercados durante determinado período de tempo, ao invés de apenas um valor pontual.

Além da comparação direta, os métodos comparativos podem ser aplicados com base em uma técnica estatística chamada de regressão. A regressão utiliza dados reais observados do mercado em um cálculo estatístico que permite ao observador determinar o quanto uma variável de interesse é afetada pela infração à livre concorrência e por outros fatores relevantes, que são independentes da infração. Dessa forma, a técnica de regressão permite analisar os efeitos exclusivos da infração sobre a variável de interesse, desconsiderando outros fatores que poderiam influenciá-la.

Essa técnica permite, portanto, uma aproximação muito grande da realidade. Para que essa aproximação ocorra, porém, é necessário utilizar o maior volume possível de dados reais sobre o mercado. A obtenção desses dados é muito importante na análise de regressão, pois se não forem levados em consideração todos os dados que influenciam no mercado, o seu resultado poderá ser distorcido.

Existem formas de testar o grau de confiabilidade da análise de regressão, aplicando testes para determinar o quanto a análise realmente se aproxima da realidade, ou de definir a sua “significância estatística”. Há uma convenção econômica de que, se a significância for de pelo menos 95%, a análise será suficientemente confiável. Como afirmado pelo guia, esse índice percentual pode ser utilizado pelos tribunais para considerar satisfatória a prova do dano causado pelo ato ilícito concorrencial.

Já os métodos de simulação descritos no guia necessitam de um menor volume de dados reais sobre o mercado onde ocorreu a infração. O primeiro método consiste em utilizar modelos econômicos preconcebidos, que são modelos desenvolvidos pela teoria econômica para descrever determinados mercados de acordo com as suas principais características. Nesses modelos, é possível inserir dados reais sobre o mercado descrito, ou presumi-los de acordo com a teoria econômica. A partir dos dados inseridos, o modelo poderá demonstrar qual seria o comportamento natural do mercado, e a medida em que esse comportamento foi distorcido pela infração à ordem econômica.

A utilização de modelos econômicos pode mostrar-se eficiente para a definição dos danos causados por atos ilícitos concorrenciais, desde que os dados teóricos ou reais nele inseridos sejam de fato bastante próximos da situação do mercado onde ocorreu a infração. Se os pressupostos do modelo se distanciarem muito das características reais do mercado, o seu resultado pode ser distorcido.

no preço de um produto, a variável que será comparada é o preço. Essa variável também pode ser custo, remuneração do capital, qualidade do produto etc.

Os outros métodos de simulação mencionados no guia prático são voltados a verificar os danos sofridos por empresas concorrentes do infrator à ordem econômica ou que se relacionam com ele de alguma forma. Ambos os métodos consistem em analisar dados internos das empresas que alegam ter sofridos danos, para verificar se estes realmente ocorreram, e qual é a sua extensão.

O primeiro é o método dos custos, que consiste em avaliar os custos de produção da empresa requerente e adicionar a esses custos uma margem de lucro considerada razoável, para verificar se esse resultado foi atingido ou se realmente houve algum prejuízo atribuível à infração à livre concorrência. A margem de lucro razoável é uma presunção, que pode ser feita com base em comparações com a margem de lucro da própria empresa antes ou depois da infração, ou com a margem de lucro de outras empresas situadas em mercados geográficos diferentes ou cujo produto/serviço é diferente.

Por fim, o guia afirma que esse mesmo exercício pode ser realizado através da análise das demonstrações financeiras da empresa para verificar se ela realmente sofreu prejuízos durante o período em que ocorreu a infração à livre concorrência, através da comparação com as demonstrações financeiras de períodos anteriores ou posteriores à infração.

3. CONCLUSÃO

Da leitura do guia prático da Comissão Europeia, depreende-se que os métodos comparativos são mais confiáveis que os métodos de simulação para quantificar os danos, na medida em que utilizam dados efetivos sobre o mercado onde ocorreu a infração, e não presunções teóricas, que podem facilmente distanciar-se da realidade.

Parece claro que a utilização do método das duplas diferenças combinado com a técnica de regressão apresenta o mais elevado grau de confiabilidade possível sobre a extensão dos danos efetivamente causados por atos ilícitos concorrenciais, apresentando, ademais, a vantagem de poder ser classificada com um percentual de confiabilidade (ou significância estatística). Esse percentual pode ser utilizado pelos tribunais na apreciação da prova, para verificar se esta é ou não satisfatória.

O grau de confiabilidade da quantificação dos danos materiais é especialmente relevante no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, onde é essencial que o dano material esteja comprovado de forma clara para que possa ser indenizado. Afinal, conforme o disposto no art. 944 do CC/2002, “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Isso significa que o sistema jurídico brasileiro não prevê indenização de danos eventuais, hipotéticos ou incertos.

Deve ser considerado, porém, que o grande volume de dados sobre o mercado necessário a essa combinação pode apresentar consideráveis dificuldades aos tribunais. Isso porque, em que pese a possibilidade do juiz ordenar à parte que exiba

documento que esteja em seu poder, conforme o disposto no art. 355 do CPC, não pode ser descartada a possibilidade do infrator da ordem econômica não se mostrar suficientemente proativo no fornecimento desses documentos, como parte de sua estratégia processual.

Por outro lado, o fornecimento de informações sobre o mercado pode ser de interesse do próprio infrator, sendo utilizado inclusive como meio de defesa, pois o emprego de outros métodos de quantificação de danos baseados em presunções teóricas pode resultar em um montante indenizatório de maior vulto que o montante a que chegaria a combinação mais precisa do método das duplas diferenças e a análise de regressão.

É plenamente possível, ainda, que os dados sobre o mercado não sejam detidos pelo infrator da ordem econômica nem pela parte requerente, e o tribunal precise oficial a terceiros para obtê-los, nos termos do art. 360 do CPC. Esse processo pode representar altos custos em termos financeiros e de tempo. Por fim, os cálculos envolvidos no método das duplas diferenças e na análise de regressão são certamente complexos, e devem ser realizados em prova pericial, nos termos dos arts. 420 e ss. do CPC. A perícia deverá ser conduzida por especialistas em contabilidade, estatística e economia, o que pode agregar altos custos à produção dessa prova.

Todos esses gastos podem não se justificar em determinados casos concretos, em vista, por exemplo, do montante da indenização requerida ser relativamente baixo, se comparado ao custo da produção de provas. O mesmo pode ocorrer em casos mais simples, em que a comprovação dos danos materiais envolva apenas dados empíricos ou que possam ser obtidos facilmente. Em casos como esses, os tribunais podem aceitar a utilização dos métodos comparativos mais simples, aplicados de forma direta ou mesmo métodos de simulação para comprovar os danos materiais causados por atos ilícitos concorrenciais.

É preciso garantir, contudo, que todas as medidas possíveis para tornar o cálculo dos danos materiais o mais próximo possível da realidade sejam tomadas na aplicação desses outros métodos de quantificação, para que ao final chegue-se a um valor certo e efetivo dos danos materiais sofridos. Sempre que ficar demonstrado no processo que as incertezas do método utilizado superam as certezas, e que o seu resultado final é demasiadamente teórico e dissociado da realidade do mercado, a prova do dano deve ser considerada insatisfatória, e a demanda deve ser julgada improcedente.

Afinal, se os tribunais brasileiros passarem a aceitar como prova cálculos incertos, excessivamente baseados em suposições e presunções econômicas, o infrator da ordem econômica se verá obrigado a indenizar danos incertos e hipotéticos, ensejando o enriquecimento ilícito da vítima, o que levará a uma banalização e a um desvirtuamento dos propósitos a que devem servir as ações de responsabilidade civil por atos ilícitos concorrenciais.

4. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Maria Cecília; ARANTES, Álvaro Brito. Private enforcement of competition law in Brazil. *Global Competition Review*. n. 1. vol. 5. p. 20-27, 2012.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Ed. RT, 1993.
- BRASIL. TJMS, ApCiv 111789/2008, j. 16.11.2009, rel. Des. Antonio Horácio da Silva Neto.
- _____. TJMS, ApCiv 118129/2008, j. 01.07.2009, rel. Des. A. Bitar Filho.
- _____. TJMS, ApCiv 115574/2008, j. 10.08.2009, rel. Des. Antonio Horácio da Silva Neto.
- _____. TJMS, ApCiv 43037/2012, j. 25.09.2012, rel. Des. José Silvério Gomes.
- _____. TJMS, ApCiv 35466/2012, j. 25.09.2012, rel. Des. José Silvério Gomes.
- _____. TJMS, ApCiv 69021/2006, j. 23.05.2007, rel. Des. Donato Fortunato Ojeda.
- _____. TJMS, ApCiv 35378/2012, j. 06.11.2012, rel. Des. José Silvério Gomes.
- _____. TJMS, ApCiv 35443/2012, j. 06.11.2012, rel. Des. José Silvério Gomes.
- _____. TJRS, ApCiv 70033360900, j. 26.07.2012, rel. Des. Arnildo Ludwig.
- _____. TJRS, ApCiv 70028627479, j. 29.10.2009, rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz.
- _____. TJRS, ApCiv 70018714857, j. 12.07.2007, rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino.
- _____. TJRS, ApCiv 70015095847, j. 11.04.2007, rel. Des. Odone Sanguiné.
- _____. TJRS, ApCiv 70016701831, j. 21.12.2006, rel. Des. Paulo Antonio Kretzmann. _____. TJRS, ApCiv 70015132541, j. 14.12.2006, rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz.
- _____. TJRS, ApCiv 70013859046, j. 28.07.2006, rel. Des. Rubem Duarte.
- _____. TJRS, ApCiv 70044399210, j. 13.02.2012, rel. Des. Mário Crespo Brum.
- _____. TJRJ, ApCiv 2006.001.02659, j. 17.03.2006, rel. Des. Leticia Sardas.
- _____. TJRJ, ApCiv 7470/2002, j. 20.08.2002, rel. Des. Joaquim Alves de Brito.
- _____. TJSP, ApCiv 994.03.009153-6, j. 08.02.2010, rel. Des. Luiz Ganzerla.
- _____. TRF-4.^a Reg. ApCiv 5021730-87.2011.404.7100, j. 27.06.2012, rel. Des. Fernando Quadros da Silva.
- CAPERNA, Heloísa. *O Consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. *Responsabilidade civil concorrencial: A busca pela efetiva reparação de danos*. Monografia. Rio de Janeiro: Escola de Direito FGV Direito Rio, 2011.
- COMISSÃO EUROPEIA. Competition: Commission launched consultations on facilitating damages claims for breaches of EU competition Law. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/pressrelease_IP051634_en.htm?locale=en]. Acesso em: 02.11.2013.
- _____. Livro verde - ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust. Disponível em: [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0672:FIN:PT:PDF>]. Acesso em: 02.11.2013.

- _____. Livro branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:PT:PDF]. Acesso em: 02.11.2013.
- _____. Guia prático – quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101º e 102º do tratado sobre o funcionamento da União Europeia. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_pt.pdf]. Acesso em: 02.11.2013.
- _____. Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, C167, p. 19-21, 13/06/2013, Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:167:0019:0021:PT:PDF]. Acesso em: 02.11.2013.
- _____. Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. Disponível em: [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:REV1:PT:HTML]. Acesso em: 25.07.2014.
- CORDOVIL, Leonor [et al.]. *Nova Lei de defesa da concorrência comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro – Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P. *Benefits from private antitrust enforcement: an analysis of forty cases*. University of San Francisco Law Research Paper, n. 2011-22. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1090661]. Acesso em: 02.11.2013.
- MAGGI, Bruno Oliveira. *O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2010.
- OSTOYICH, Joseph; LONGMAN, Timothy. U.S. Private enforcement. *The Antitrust Review of the Americas*. Londres, p. 12-16, 2011.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. *Revista de Direito do Consumidor*, 49/11. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar., 2004.
- ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Sistema protetivo dos direitos da personalidade. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coords.). *Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27-75.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Infração à ordem econômica: Preço predatório, de Sônia Maria Marques Döbler – *RIBRAC* 3/19 (DTR\2011\4803);
- Os termos compromisso de cessação e responsabilidade civil por infrações à ordem econômica, de Lucas Mendes de Freitas Teixeira – *RIBRAC* 21/95 (DTR\2012\450107); e
- Responsabilidade civil concorrencial: Elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros, de Livia Gândara – *RIBRAC* 21/331 (DTR\2012\450335).

PUBLIC COMPENSATION IN BRAZILIAN COMPETITION LAW

A MECHANISM TO ENHANCE THE EFFECTIVENESS OF ENFORCEMENT

ADRIANO CAMARGO GOMES

Mestre em Direito pela Universidade de Oxford (2014). Doutorando em Direito Processual na USP.
Intercambista do Pincade (2011/2012). Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial; Constitucional; Processual

RESUMO: O objetivo deste artigo é o aprimoramento do sistema concorrencial brasileiro por meio da institucionalização do mecanismo de compensação pública, pelo qual a autoridade concorrencial passa a ter competência para realizar atividade compensatória no interesse de lesados por condutas anticompetitivas. Partindo de um diagnóstico das ineficiências do sistema de private enforcement são apresentados os argumentos favoráveis à adoção da compensação pública no Brasil. Em seguida, o artigo analisa a legislação e a jurisprudência, demonstrando a compatibilidade da compensação pública com a ordem jurídica brasileira. Por fim, o artigo discorre sobre o modo como este instituto poderia ser recepcionado no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

PALAVRAS-CHAVE: Direito concorrencial – Atuação pública – Atuação privada – Compensação – Tutela coletiva – Compensação pública.

ABSTRACT: This paper has as its object the improvement of the Brazilian system of Competition law, through the institutionalisation of a mechanism by which public enforcement could perform compensational tasks (public compensation). Starting with a diagnostic of the inefficiencies of the private enforcement system, arguments in favour of adopting public compensation in Brazil will be presented. Following that, this paper will draw on an analysis of legislation and case-law to argue that public compensation is compatible with the Brazilian legal system. Finally, it will consider how public compensation should be institutionalised, presenting a possible institutional framework for public compensation.

KEYWORDS: Competition law – Public enforcement – Private enforcement – Compensation – Collective redress – Public compensation.

SUMÁRIO: I. Introduction – II. Brief diagnostic of private enforcement in Brazil – III. Public compensation as a possible solution: III.I Public compensation *vis-à-vis* the Brazilian competition system; III.II Forms of public compensation adopted in Brazil outside Competition law – IV. Implementation of Public compensation in the Brazilian system: IV.I Institutionalisation of public compensation in Brazil; IV.II Limitations of public compensation in Brazil – V. Conclusion – VI. Bibliography.

I. INTRODUCTION

Brazilian¹ Competition law, similarly to other jurisdictions, is characterised by limited private enforcement. Although Competition law enforcement has evolved

1. Prêmio IBRAC TIM 2014 – Categoria: Pós-Graduação/Profissional.

considerably in Brazil over the last 20 years, private enforcement has not delivered the outcome it was expected to. Victims of Competition law infringements are not properly compensated, while wrongdoers are able to keep their illicit gains and are not effectively deterred. Moreover, due to the lack of competition culture and proper incentives to private litigation, the victims cannot rely on an adequate system to seek compensation. To address these shortcomings effectively, this text analyses the public compensation model,² ie the use of redress mechanisms within the public enforcement system, whereby not only fines but also compensation can be imposed or agreed.

II. BRIEF DIAGNOSTIC OF PRIVATE ENFORCEMENT IN BRAZIL

Despite the existence of a specific provision (Article 47 of the *Brazilian Competition Act*, hereafter BCA) allowing individual and collective civil actions for damages, private enforcement has proved to be insufficient to ensure that victims of Competition law infringements are properly compensated.³ At least seven causes contributing to this phenomenon can be summarily described.

First, individual actions will not be brought to court if the right-holders are not aware of their rights or if, for social-economic reasons, they lack the resources to do so.⁴ In other words, the current system of private enforcement depends on the willingness and knowledge of right-holders,⁵ and on their financial situation.

Second, when the individual loss is small among a large number of victims, individual claims are impracticable and collective action is required.⁶ Moreover, complete impossibility and utter certainty that a claim will be brought constitute the extreme ends of a large spectrum; along this spectrum lie many other individual demands which, although not entirely impracticable, are nevertheless unlikely to lead to a claim being brought.

2. This name and the core of this proposal was elaborated by Ariel Ezrachi and Maria Ioannidou. *Public compensation as a complementary mechanism to damages actions: From policy justifications to formal implementation*. (2012) 3 JEurCL&P 536.

3. See Eduardo Gaban and Juliana Domingues. *Brazilian Competition law: a practitioner's guide* (Kluwer Law International 2013) 247-248.

4. CAPPELLETTI, Mauro and GARTH, Bryant. *Access to justice: a world survey* (Giuffrè 1978) 10-21.

5. See Aidan Robertson. *UK competition litigation: From Cinderella to Goldilocks?* [2010]. Comp Law 275, 290, who mentions a 'degree of consumer apathy' and acknowledges the difficulties of an opt-in system, which are to some extent similar to those of an individual claim.

6. Gerhard Wagner. *Collective redress – Categories of loss and legislative options*. (2011) 127 LQR 55. See also Maria Ioannidou. *Enhancing the consumers. Role in EU private competition law enforcement: A normative and practical approach*. (2012) 8 Comp.L.Rev 59, 73.

Third, procedural issues reduce the chance of both collective and individual redress. Collective actions have suffered considerable restrictions from statutes and case law.⁷ Hence, many collective actions have been unsuccessful, including some in Competition law cases.⁸ Considering individual redress, civil litigation discourages potential litigators. On the one hand, the length and cost of procedures do not provide right-holders with the certainty of enforcement; on the other, this stimulates wrongdoers to refuse to settle and to engage in unmeritorious litigation.

Fourth, follow-on claims⁹ do not receive proper incentive: decisions made by the *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* (Administrative Council for Economic Defence, hereafter Cade) and not challenge by the parties, or by the courts have no binding effect except between the parties to the procedure (*res judicata*).¹⁰ This model threatens the success of claims for compensation, as it is not possible to rely on the findings of law and facts of Cade or the courts.

Fifth, the previous problem is worsened as the current system split the jurisdiction on competition claims. Public enforcement is performed by Cade and reviewed by federal courts, while in general, private enforcement falls within the jurisdiction of state courts which adjudicate standalone and follow-on actions for damages. In none of these courts is there a specific division to deal with competition claims. This situation reduces the coherence of Competition law adjudication and the certainty for victims willing to claim for damages.

Sixth, there is a general lack of knowledge of Competition law among Brazilian legal professionals.¹¹ This reduces the technical quality of decisions and can lead to inconsistent approaches to compensation claims under the BCA.

7. For instance, article 16 (*Lei 7.347/1985*, hereafter Collective Actions Act) limits territorially the *res judicata*, so that fewer citizens are benefited by a favourable decision. Many other similar examples of unduly limits on class actions can be found in both legislation and case law. See also Antonio Gidi, 'Class Actions in Brazil' (2003) 51 *AJCL* 311, 341-344.

8. One of them was the collective claim filed after the findings of the 'Gases Cartel', JF 21ª VARA/TRF3, 0000233-25.2011.403.6100 (São Paulo, 09 March 2013). OECD, *Competition law and Policy in Brazil – A Peer Review* [2010]. [<http://www.oecd.org/da/competition/45154362.pdf>]. Accessed: 11 November 2013, 53, reports only one successful case prior to the date the report was issued: a case 'brought by a public prosecutor in the state of Rio Grande do Sul in 2007'.

9. On the distinction between follow-on and standalone claims, see Assimakis Komninou, *EC Private Antitrust Enforcement: decentralised application of EC Competition law by national courts* (Hart Publishing 2008).

10. In Brazil the advantages of follow-on claims are that the decision of the administrative proceedings can be persuasive, and the evidence can be used in the courts.

11. Mauro Griberg, Camila Paoletti and Leonor Cordovil. 'Brazil'. In Albert Foer and Jonathan Cuneo (eds.). *The international handbook on private enforcement of Competition law* (Edward Elgar 2010) 446.

Seventh, the lack of competition culture in Brazil has not yet been tackled. The system of competition advocacy has the difficult task of advancing more comprehensive educational measures which – alongside the developments brought about by practice – will lead to improvements in private enforcement.¹² Currently, however, advocacy has not been sufficient to foster a culture of competition in Brazilian society or, specifically, to promote compensation claims.

Although some of these problems also affect public enforcement, reducing deterrence and its possible effect on compliance, for the large part they produce more a pernicious outcome in regards to private enforcement.

III. PUBLIC COMPENSATION AS A POSSIBLE SOLUTION

As a result of the private enforcement shortcomings discussed above, although compensation is theoretically possible, it is rarely achieved. One of the consequences of the current situation (virtual absence of compensation) is that the deterrence level is reduced and there is less incentive for firms to comply.¹³ Public compensation must be considered a solution capable of producing a practical outcome in Brazilian system as it encourages, but does not depend on, competition culture; provides an effective collective redress mechanism; and leads Competition law to a more coherent system of adjudication and enforcement.

Public compensation can serve as a propulsion for competition culture in Brazil, enhancing the knowledge of victims through their adequate compensation.¹⁴ Concrete benefits received by the injured parties could have the power of making them more aware of Competition law as well as of possible future infringements.¹⁵

At the same time, public compensation creates a proper mechanism of collective redress, which does not depend on the ability of the victims to recognise an infringement and the harm it produces. This condition for compensation is transferred to Cade: the public authority that investigates the infringement is in a better position to determine whether it has caused harm or not, and also has a superior knowledge of Competition law compared to the victims of antitrust infringements. There is also a great disparity in the access to evidence: while Cade has all the proofs it collects during the investigation, individual parties and their lawyers would have to require the material and proceed to an analysis that in

12. *ibid* 446.

13. Damages actions for breach of the EC antitrust rules' (Green Paper) COM (2005)) 672 final, 19 December 2005, 3-4.

14. OECD, 'Policy Brief – Competition law and Policy in Brazil' [2005]. [www.seae.fazenda.gov.br/destaque_ingles/brazilpolbrieffinal.pdf]. Accessed: 11 November 2013, 7.

15. Ezrachi and Ioannidou (n 1) 541.

most of the cases is of high complexity. Finally, many competition claims need an economic assessment¹⁶ that can be properly made by Cade, though not by most of the litigants and their lawyers (or at least, not without a high cost).

Public compensation could also simplify procedural difficulties. Firstly, it does not depend on collective actions, which have been subject to restrictions in Brazilian law. Secondly, when compensation is decided by Cade, the same court has jurisdiction over fines and damages. Primarily, the federal court, which has been reviewing decisions of Cade since its creation, possesses a greater knowledge of Competition law. Besides that, it enhances coherence and reduces costs of enforcement: on the one hand, review of the merits is done by a single court, avoiding different conclusions on the occurrence of the infringement; on the other, fines and compensation can be simultaneously defended in court, settled or enforced.

III.1 Public compensation vis-à-vis the Brazilian competition system

Brazil's analytic and very comprehensive constitution states not only general and specific principles for the economic order, but also rules which design a basic framework on how this order should be organized. None of these rules prohibit either compensation for victims from being the outcome of an administrative procedure (as those carried out by Cade), or any public authority from engaging in activities with this aim.

Public compensation is also consistent with the goals pursued by the BCA; it is not prohibited in any of its provisions, and is expressly allowed by one of them. This is crucial because of the principle of legality established in the Constitution (article 37, *caput*): activities performed by public agents need to be permitted by legislation in order to be legal; it is insufficient for them just not to be expressly forbidden.¹⁷

The BCA (article 47) recognises the right of victims to compensation and entitles some entities to file collective claims, but it does not state whether Cade could also perform this function in the administrative proceedings or not. If on the one hand this provision does not provide any express restriction on public compensation, on the other, by reference to the class action legislation,¹⁸ it

16. See BIS, 'Private Actions in Competition law: A Consultation on Options for Reform' (April 2012). [www.bis.gov.uk/assets/biscore/consumer-issues/docs/p12-742-private-actions-in-competition-law-consultation.pdf]. ('BIS Consultation') accessed: 15 December 2012, 14.

17. See Leopoldo Pagotto, 'Are the Brazilian Competition Authorities being Responsive? An Analysis based on the Benign Big Gun Model' (2006) 29 WC 285, 302.

18. The general framework of collective redress in Brazil comprises the Collective Actions Act and the Consumer Protection Code (*Lei* 8.078/1990). Both are subsidiary sources of the BCA (Article 115).

recognises Cade as one of the entities that can legitimately bring collective claims for compensation.¹⁹ In this sense, the Brazilian competition system acknowledges that compensation via private enforcement is functionally consistent with public enforcement and, as such, also fosters deterrence (a mainly public enforcement goal).²⁰

A further possibility is to perform compensation through a public mechanism: this “partial fusion of the compensatory function” “transcends the dichotomy” between public and private enforcement, deterrence and compensation.²¹ It demands a “formal implementation”²² of a “positive extension of the role played by the public enforcer”.²³ In Brazil, the formal implementation of public compensation does not depend on legislative amendment, as it can be ordered based on article 38, VII (BCA),²⁴ which states:

“Art. 38. Without prejudice to the penalties set forth in article 37 of this Law, when so required according to the seriousness of the facts or public interest, one or more of the following penalties may be imposed:

(...)

VII – any other action or measure necessary to eliminate the harmful effects to the economic order”.²⁵

Public compensation fulfils the requirements of this provision. Firstly, the most severe competition infringements are generally the ones that cause great harm to consumers, such as hard-core cartels. Secondly, public compensation operates in favour of the general public interest, as can be seen by its consistency with the goals of the Constitution and the protection of the collectivity it entails. Thirdly, the absence of compensation has a hindering effect on the economic order: the fact that in practice a wrongdoer competitor can keep illicit gains, obtained through the harm caused to consumers or competitors, goes clearly against most of the principles of the Brazilian economic order. Indeed, article 38 (BCA) is sufficiently comprehensive to allow the imposition of compensational measures. It grants

19. The same power is granted to other public entities and associations. It includes the possibility of carrying out investigations and entering into agreements known as *Termo de Ajustamento de Conduta* (Conduct Adjustment Agreement, hereafter TAC).

20. Komninos (n 8) 9.

21. Ezrachi and Ioannidou (n 1) 538.

22. *ibid.*

23. *ibid* 539.

24. In the former legislation (*Lei 8.884/1994*) this provision was integrated with another one. However, in the current legislation they have been detached, indicating that they refer to two different powers.

25. Official Translation.

considerably extensive powers to Cade and enumerates a wide range of sanctions and remedies that can be ordered.²⁶

The second issue regards the absence of previous restrictions on the content of an administrative decision made by Cade. Two provisions, article 79 and article 93 (BCA), impose relevant concerns. article 79, I, establishes that Cade's decisions, beside the imposition of the fine, should indicate measures for the infringement to cease, but say nothing about measures to address its impact on the victim. However, if this provision is interpreted literally, it would leave no room for article 38 (BCA), which lists powers to order the undertaking to perform activities that are not intend to cease an infringement, but only to address its effects. A similar issue involves article 93: it defines the Cade decision as an extrajudicial enforcement order that can impose either a fine or obligations to do something or to abstain from doing something (which can be converted to a pecuniary sum if the court recognises the performance is impossible). It does not mention any type of compensation. However, as some collective forms of compensation in Brazilian law can be technically considered orders that impose obligations to do something,²⁷ the absence of the word "compensation" must be understood either as a mere inconsistency or as a preference for non-monetary remedies.²⁸ Whatever the conclusion, one must recognise that the framework of article 79 and article 93 do not exclude compensation. In fact, it seems adequate to understand the possible content of the decisions with a reference to the powers granted by the BCA to Cade (and not the opposite).

The idea that public compensation is not forbidden and in fact is expressly permitted under Brazilian law was confirmed in the practice of Cade in an agreement proposed by the undertakings involved in the "juice industry cartel", though in the end it was not implemented. The members of this cartel, who were accused of exploiting fruit growers, included a compensation scheme as the core

26. Among the sanctions, it is notable the prohibition on companies to contract with the public administration for at least five years and the prohibition on individuals to engage in commercial activities in his name or representing a company for no more than five years. Among the remedies, Cade may order the undertaking to publish the content of its decision in newspapers; recommend to public officials to revoke tax benefits conceded to the undertaking or to compulsory license intellectual property rights; determine structural measures such as the divestiture of assets and the dissolution of the company. On the description of Cade's powers see also Sérgio Arenhart, 'Decisões estruturais no direito processual brasileiro' (2013) *RePro* 225/389, 405. São Paulo: Ed. RT, 2013.

27. The same is true in the case that Cade orders an undertaking to create a compensatory scheme.

28. Civil procedure doctrine argues that non-monetary remedies are usually preferable over compensation. Luiz Marinoni, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos* (3. ed, São Paulo, Ed. RT 2010).

of their settlement proposal.²⁹ Against it, an interested party filed a claim seeking a remedy to impede Cade from entering into the agreement with the undertakings. The noticeable aspect of this case is that the judicial decision refused to accept the interested party's arguments, acknowledging the power of Cade to enter into compensation agreements.³⁰ Notwithstanding, after an unfavourable opinion from one of the members of the council, Cade decided (for reasons not related to the compensation scheme) not to enter the agreement and to continue the proceedings.³¹ What is most relevant about this case and article 38 is the recognition by Cade and the federal court an agreed form of public compensation is adequate to the current framework of the BCA.

III.II Forms of public compensation adopted in Brazil outside Competition law

There are some forms of compensation undertaken by public entities which are related to the representative actions regime. Although collective redress depends fundamentally on judicial decisions, its regime provides other mechanisms that do not. The most important is the TAC,³² an administrative agreement which can be entered by wrongdoers and the public entities responsible for representative claims.³³ By this agreement, the concerned party commits to adjust its conduct to the law and, in most of the cases, ensures compensation for those who suffered harm caused by such conduct.³⁴

29. 'Indenização: Indústrias de citrus concordam em pagar R\$ 100 milhões' (*Sistema Ocepar*, 24 August 2006) [www.paranacooperativo.coop.br/ppc/index.php/sistema-ocepar/comunicacao/2011-12-07-11-06-29/ultimas-noticias/34119-34119]. Accessed: 9 January 2014.

30. JF 17.^a VARA/TRF1, 2006.34.00.020380-5 (18 August 2006).

31. Cade, PA 08012.008372/1999-14 (23 November 2006) (Rigato Vasconcelos). For a brief description of the case, see 'Brazil orange juice probe goes on' *BBC News* (23 November 2006) [<http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/6176178.stm>]. Accessed: 9 January 2014.

32. See n 18. Similarly to CADE decisions, these agreements are extrajudicial enforcement orders.

33. Article 5.^o (§ 6.^o) (Collective Actions Act).

34. However, it should be noted that the use of this mechanism on issues related to Competition law by other entities (such as the Public Prosecution Service) has been criticised: TAC's have been used incorrectly not to compensate the victims of anticompetitive infringements, but in attempts to resolve competitive problems by fixing prices and thus chilling, even more, the competition in some markets. On this topic, see Carlos Ragazzo and Rutelly Silva, 'Aspectos Econômicos e Jurídicos sobre Cartéis na Revenda de Combustíveis: uma Agenda para Investigações' (2006) SEAE/MF Documento de Trabalho 40 [www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/DI_40.pdf]. Accessed: 9 January 2014.

These entities can agree with undertakings on the compensation of victims without accessing the judiciary for this purpose. However, those entities cannot directly impose compensation on the wrongdoers. Cade could promote this form of public compensation within the current legal framework, for two main reasons: firstly, Cade is entitled to enter into TACs; secondly, anticompetitive infringements can be tackled within the Brazilian system of collective actions.³⁵ If Cade is entitled to enter into compensation agreements outside its normal administrative activity, there is no reason why it cannot come to agreed solutions within it. In fact, the main difference between TACs and the other types of agreements provided under the BCA³⁶ is that the former case involves the compensation of victims and the latter have been used mostly for the punishment of wrongdoers. Although TACs do not represent situations in which compensation is provided in the course of administrative proceedings or imposed by public authorities, they demonstrate that it can be provided regardless of civil litigation by the activity of public entities.

Finally, there is also one proper example of non-agreed public compensation, which occurred recently in the electricity sector. Sectoral regulators have powers to deter violations of consumers' rights and, frequently, some of them (particularly in the telecommunication and electricity sectors) impose fines on undertakings. Recently, however, the *Agência Nacional de Energia Elétrica* (National Office of Electricity, hereafter Aneel) went further: following its decision to quash the review of tariffs undertaken by AES Eletropaulo (one of the biggest electricity distributors in Brazil), Aneel ordered the undertaking to compensate the consumers because of the difference in the tariff price. The total amount is approximately R\$ 626 million and will be paid in the next four processes of price review.³⁷ As a result, once Aneel has acknowledged its power to order public compensation in the benefit of consumers, it is probable that this measure will be used against other undertakings in the tariff review procedure. This is a case of imposed public compensation with only two differences in relation to the Ezrachi/Ioannidou model:³⁸ firstly, the approach of Aneel is incidental and not yet formally implemented; secondly, the decision is not on Competition law.

35. Article 1.º (V) (Collective Actions Act).

36. Leniency agreement and *Termo de Compromisso de Cessação de Prática* (Commitment to Cease an Infringement, hereafter TCC). The TCC comprises an obligation of the undertaking to stop and not repeat the infringement; a payment in substitution to the fine and other obligations that Cade may consider appropriate (Article 85 (§ 1.º) (BCA)).

37. 'Aneel determina restituição aos consumidores da Eletropaulo' (Aneel, 17 December 2013) [www.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output_Noticias.cfm?Identidade=7623&id_area=]. Accessed: 9 January 2014.

38. See n 1.

In summary, considering that Cade was granted comprehensive powers in order to take any measure to eliminate the effects of infringements in the economic order; that compensation has been provided in Brazil outside judicial procedures, by public entities and, in some cases, as a result of public enforcement proceedings; the provision of compensation by Cade would be compatible with and authorised by the Brazilian legal order.

IV. IMPLEMENTATION OF PUBLIC COMPENSATION IN THE BRAZILIAN SYSTEM

In order to consider issues regarding the internalisation of public compensation in the system, the first part of this chapter analyses structural issues and indicates how public compensation could be internalised, the structure and the procedure it should comprise. The second section provides a critical assessment of the limits involved in the proposal to internalise a public compensation system in the terms outlined in the previous sections.

IV.1 Institutionalisation of public compensation in Brazil

The only proposal to implement public compensation in Brazil was a bill draft proposed by the *Secretaria de Direito Econômico* (Secretary for Economic Law, hereafter SDE). However, a legislative amendment, though capable of making the existent provisions more precise, is not necessary: Cade already has sufficient powers to issue compensational orders. Considering legislation, case law and the administrative practice of other public entities, public compensation is already accepted but not yet institutionalised. Although it would generally follow the standard procedure used by Cade for finding facts and imposing fines, it needs a more detailed framework, one that cannot consistently emerge from case law.³⁹ A regulation (*Decreto*) would suffice for this purpose. Among the issues that should be considered in the regulation, the most relevant are the way compensation should be ordered and quantified, and who should receive the benefits.

Regarding the technical issue of how compensation should be ordered, it must be part of one of the three possible outcomes of Cade's *ex post* activities: decision, TCC or leniency agreement. In the decision, public compensation should be provided as one of the measures addressing the effects of the anticompetitive infringement and supplementing the fine. In the TCC, public compensation could be one of the complimentary obligations imposed on the undertaking. Finally, in the leniency procedure, compensation should be stipulated as a necessary condition

39. In Brazil, administrative decisions are not jurisdictional and there is no tradition to respect precedents. See Luiz Marinoni, *Precedentes Obrigatórios* (2. ed. São Paulo: Ed. RT 2010).

for the agreement in the terms of Article 86 (§ 3.º) (BCA).⁴⁰ In any case, public compensation should not depend on the good will of the undertaking;⁴¹ either it is imposed with the fine or should be considered a mandatory clause of the TCC and the leniency agreement whenever an infringement is found.

In Brazil, public compensation can effectively be “additional and independent” with regard to the fine⁴² since they rely on different provisions: the limit established for the fine (article 37, BCA) does not affect compensation *a priori*.⁴³ However, the complex issue of quantifying damages in antitrust cases⁴⁴ also affects public compensation. In light of that, considering its deterrent function, one could argue that disgorgement would also be a suitable remedy under this mechanism.⁴⁵ Indeed, in cases where the calculation of losses (either individual or collective ones) is excessively complex, disgorgement might be useful to reduce the burden of the competition authority. Certainly this is not the ideal, but rather a halfway solution:⁴⁶ it could provide a fund held in escrow for follow-on claims ascertaining the damages (impeding the undertaking to make use of its illicit profits during this period).⁴⁷

Finally, in order to create a so-far inexistent nexus between public enforcement and the injured group,⁴⁸ public compensation can have *a priori*

40. See Cornelis Canenbley and Till Steinvorth, ‘Effective Enforcement of Competition law: Is There a Solution to the Conflict between Leniency Programmes and Private Damages Actions?’ (2011) 2 JEurCL&P 315. Although they expressly propose public compensation in leniency procedures, in light of the Brazilian system, it is controversial the disclosure of documents obtained through leniency to victims or private enforcement could be restricted.

41. Ezrachi and Ioannidou (n 1) 542.

42. *ibid* 542.

43. Hence, ‘fine plus’ or ‘fine minus’, methods of calculation in which the ‘total sum paid by the violator remains below the maximum fine level as set in legislation’ [Ezrachi and Ioannidou (n 1) 542], are not necessary in Brazil. Furthermore, the proposal that part of the fine should be ‘channelled back to the affected class’ is possible irrespective of public compensation. However, legislation should be amended in order to ensure that fines, which are paid to the FDD, are used to the benefit of the victims.

44. Commission (EU), ‘Quantifying Harm in Actions for Damages based on Breaches of Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union’ (Draft Guidance Paper—Public Consultation, June 2011), [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_actions_damages/draft_guidance_paper_en.pdf]. Accessed: 22 January 2014.

45. On disgorgement, see Einer Elhauge, ‘Disgorgement as an antitrust remedy’ (2009) 76 ALJ 79.

46. Contrary, defending that in a model of public compensation damages should be based on the illicit profits rather than on the actual losses, see Canenbley and Steinvorth (n 39) 326.

47. Elhauge (n 44) 94-95.

48. See Ezrachi and Ioannidou (n 1) 541. Although fines are paid to the FDD, its amount is used without any correlation to the harm. In 2013, Cade’s activity was responsible for

two different sets of beneficiaries: individuals or collectivity.⁴⁹ Although the contribution of public compensation would be more pronounced in the second case, there is still a role for it to perform in individual claims.⁵⁰ In this case, compensation obtained by individuals would have to be deducted if they succeed in subsequent claims.⁵¹

IV.11 Limitations of public compensation in Brazil

The suggestion that public compensation should be adopted in Brazil has, nonetheless, left some unanswered questions and, consequently, some space for criticism. This section aims to analyse possible limitations of public compensation in the Brazilian system considering three different aspects: the role performed by Cade; the rights protected through public compensation and the position of public compensation in the enforcement system of Competition law.

One possible drawback to public compensation is whether the structure of Cade is suited to undertake such a function. The restricted capacity of Cade is the most intrinsic limitation on public compensation: Cade's limited resources and personal turnover have been consistently considered major problems of Brazilian competition authorities.⁵² Three arguments would support this perspective. Firstly, although public compensation may reduce costs from a systemic perspective, it would increase the costs of enforcement incurred by Cade. Secondly, the quantity of work may increase dramatically for the *Procuradoria do Cade* (Legal Service of Cade, hereafter ProCade), either because undertakings might be more willing to seek judicial review if their loss is greater (fine and compensation summed), or because public compensation involves, when judicial review is sought, a representative claim; that is, a collective procedure where issues and evidence tend to be more complex. Thirdly,

75% of the contribution to the FDD (approximately £ 23 million). See FDD, 'NOTA – Relacionamos abaixo os valores recolhidos ao FDD, de acordo com suas finalidades até o dia 31 de dezembro de 2013' [2014]. [<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={2E9C42A4-DF21-4C71-AB15-D54A6BF74B01}&ServiceInstUID={59D015FA-30D3-48EE-B124-02A314CB7999}>]. Accessed: 19 February 2014.

49. See Ezrachi and Ioannidou (n 1) 541-542. With regard to this division in Brazilian law, see Gidi (n 6) 354-360.

50. See Ezrachi and Ioannidou (n 1) 541-542. However, this hypothesis is subjected to restrictions in Brazilian law (n 58).

51. Ezrachi and Ioannidou (n 1) 543-544. Individual claims would not be affected where harm to collective rights are compensated.

52. OECD, *Peer Review* (n 7) 1.

procedure could be delayed not only because of more complex calculations involved in compensation, but also because of the concurrent interests in public compensation (infringers and victims).

The increases in cost, time and work are possible.⁵³ However, it should be considered that the BCA granted Cade more extensive powers and authorised the hire of 200 new employees as well as the tripling of its budget.⁵⁴ On the one hand, more cases can now be dealt with; on the other hand, the improved structure is still not sufficient to deal with all infringements. A strict policy of prioritisation determines which cases are to be investigated – and the same is applicable for public compensation.⁵⁵ The advantage of public compensation with regard to costs, is that Cade will spend more only when it is certain that an infringement has occurred: otherwise, there is no point in considering compensation. As long as the increase in cost is reasonable compared to the results achieved, public compensation will offer a more efficient allocation of resources. Although possibly enhancing the costs of Cade, this is expected to reduce the overall cost of enforcement – which is also rational from a policy perspective.

Another potential limitation of public compensation is the nature of the rights involved, and the consequent difficulty of addressing all of them (ie for the compensation to deal with all the losses caused by the infringement). When compensation concerns collective rights, it can be done in two different ways: by fluid recovery,⁵⁶ or by a contribution of the undertaking to the FDD. Although currently this is not the case, the amount should be used to benefit consumers in the affected market.⁵⁷ However, the issue is more complex when individuals are considered, not only because their identification or the quantification of damages may be more difficult,⁵⁸ but also because transferring them the money

53. It should be considered though that according to Article 118 (BCA), CADE is invited to join all the claims that involve the BCA. Possibly, considering that in some of these actions CADE's participation is important, public compensation would lead to a reduction in the quantity of actions in which CADE would be invited to join.

54. See Lu Otta and Célia Froufe, 'Super Cade terá mais poderes que a PF' *Estado de São Paulo* (Brasília, 7 October 2011). [www.estadao.com.br/noticias/impresso,super-cade-tera-mais-poderes-que-a-pf,-782254,0.htm]. accessed: 9 January 2014.

55. As the use of these powers represent the performance of a public service they must be provided in a reasonable and proportionate manner. See Adrian Zuckerman, 'Civil Litigation: a Public Service for the Enforcement of Civil Rights' (2007) 26 *CJQ* 1, 2.

56. On fluid recovery, see Roberto Amore and Albert Foer 'Cy Pres as an Antitrust Remedy' (2005) AAI Working Paper 05/09 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103595]. Accessed 22 January 2014.

57. See Ezrachi and Ioannidou (n 1) 542.

58. *ibid* 542.

would be problematic.⁵⁹ Indeed, there is a need for a more flexible approach to address this issue.⁶⁰

It could also be suggested that public compensation might considerably reduce the chance of subsequent litigation without offering full compensation to individuals.⁶¹ However, two arguments refute this possibility. First, despite the possible lack of incentive created by public compensation, it is still preferable over a situation of non-enforcement. Second, the disincentive on small claims does not represent a problem: these claims are impracticable without a collective procedure and those who can file a representative claim will have a duty to do so regardless of the economic incentives the right-holders might have. Clearly, public compensation can achieve better results if compared to the current situation.

In relation to the position of public compensation in the enforcement system of Competition law, both the public and private aspects should be considered. As regards private enforcement, the analysed limitations make clear that there is a complementary relationship:⁶² on one hand, public compensation is a reactive tool that stems from the underperformance of private enforcement;⁶³ on the other, its limits signify that private enforcement is still necessary. In other words, public compensation reduces the Competition law system's dependence on private enforcement, but is not sufficient to replace it.⁶⁴

It has also been argued that allowing a competition authority to order compensation ensures consistency of enforcement and avoids over-deterrence.⁶⁵ In turn, public compensation changes public enforcement, because it introduces a new goal (corrective justice)⁶⁶ and strengthens the powers of Cade. These changes

59. On one hand, if the undertaking seeks the judicial review of compensation, how would the interested parties join the procedure or, in case the decision is set aside, how would the beneficiaries be obliged to give restitution in the case they were directly paid? On the other hand, if the authority receives the compensation, how would the amount be transferred to the undertakings? In Brazil, there is a complex issue regarding the transfer of money from the government to citizens. Tax rebates could be one creative, though *de lege ferenda* solution to this problem.

60. See Pagotto (n 16) WC 287.

61. See Ezrachi and Ioannidou (n 1) 544.

62. See *ibid* 544. Contrary, see Canenbley and Steinvorth (n 39) 325.

63. See Ezrachi and Ioannidou (n 1) 544.

64. See *ibid* 543.

65. BIS Consultation (n 15) 37.

66. For a traditional perspective on the division between the functions of public and private enforcement, see Wouter Wils, 'The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages' (2009) 32 WC 3.

may lead to two inconsistencies: a major risk of capture, and disproportionately severe sanctions caused by the sum of fine and compensation.

The first issue involves the recognition that when an authority is empowered to regulate the market, there is a risk of it becoming 'owned' by the interests it is designed to regulate; and furthermore, that this risk increases if its powers are expanded.⁶⁷ In this case, the goals of public compensation could suffer at the hands of three different competing and regulated interests: political (from the government seeking to protect its industrial policies), economic (from the players of the market in order to avoid competition) and social (from the public trying to obtain over-protection and possibly chilling competition). It is difficult to predict the effective capture of Cade if its powers are enhanced to accommodate public compensation. However, given that it has not been captured so far, there is a strong possibility that this will not happen in the future, so long as appropriate mechanisms to ensure accountability are put in place.

Although public compensation may also enhance the deterrence effect of the fine (without liability for the losses, an undertaking on which the fine is imposed may keep its illicit gains),⁶⁸ if the aim was purely to foster deterrence, an increase in the fine would suffice. This complex relationship exposes another one, between the compensation and the fine, particularly in agreements. It has been suggested that compensation should integrate the fine up until its maximum level,⁶⁹ establishing a cap that may be different from the total of losses. Although this is justified in Europe as matter of policy (also to avoid the necessity of legislative amendments), the situation in Brazil is different. As the fines are already paid to a fund for the protection of collective rights (FDD), channelling resources back to victims depends more on rules regarding the management of FDD than rules related to public compensation itself. However, considering that another solution, a pure sum of compensation and fine, may impose a disproportional burden on the undertaking, public compensation should be ordered together with a reduced fine.⁷⁰

In the case of agreements, public compensation could potentially create a disincentive. One reason is that undertakings faced with the excessive burden of compensation and fine may prefer not to settle in order to seek judicial review; another and more relevant reason is that leniency applicants may be discouraged from whistleblowing if the agreement would grant them immunity from the fine,

67. Christopher Hood, *Explaining economic policy reversals* (Open University Press 1994) 21-22.

68. See Elhauge (n 44) 80.

69. See Ezrachi and Ioannidou (n 1) 542.

70. The sum of the fine and the compensation should be reasonable: Canenbley and Steinvorh (n 39) 324.

but not from compensation.⁷¹ As leniency has been a particularly important tool to fight hard-core infringements, threatening its success would risk the success of enforcement as a whole.⁷² However, considering that at present leniency does not impede compensation (the difference from a public compensation system is that leniency currently depends only on private enforcement), it is arguable that public compensation would not threaten the success of the leniency programme, but on the contrary, could be used to preserve it.⁷³ Indeed, public compensation could be used as a tool to integrate public and private enforcement 'whilst at the same time maintaining the benefits offered by leniency programmes'.⁷⁴

The most severe criticism against public compensation in Brazil concerned the roles of Cade and of the courts in the enforcement of Competition law. In short, it was alleged that a decision from an administrative authority, instead of a judiciary one, ordering compensation would violate the constitutional principle of separation of powers.⁷⁵ However, as has been demonstrated, public authorities do have the power to order compensation for individuals, and likewise to sanction them. In both cases, article 5.º, (XXXV), (Constitution) which determines that no right shall be previously excluded from judicial analysis, is applicable: every administrative decision can, as a matter of principle, be submitted to judicial review.⁷⁶ Hence, a decision of public compensation can also be reviewed in the courts: Cade does not adjudicate in their place. Clearly, the principle of separation of powers is observed in the same way it is observed by administrative decisions that only impose fines.

V. CONCLUSION

This paper is concerned with the situation of under-enforcement in Brazilian Competition law, particularly caused by shortcomings in private litigation. It has analysed public compensation as a proposal to address the above-mentioned problem. It suggests that public compensation creates a viable, desirable and

71. See Canenbley and Steinvorth (n 39) 326.

72. See *ibid* 320.

73. *ibid* 324.

74. *ibid* 325.

75. See IBA, 'Formulário de sugestões – Consulta Pública 17' [2011] [<http://cade.gov.br/upload/IBA.pdf>] accessed 9 January 2014, 4; IBRAC, 'Formulário de sugestões – Consulta Pública 17' [2011] [<http://cade.gov.br/upload/IBRAC.pdf>]. Accessed 9 January 2014, 12; OAB-DF, 'Formulário de sugestões – Consulta Pública 17' [2011] [<http://cade.gov.br/upload/CCOAB%20DF.pdf>] accessed 9 January 2014, 3; OAB-SP, 'Formulário de sugestões – Consulta Pública 17' [2011] [<http://cade.gov.br/upload/CECORE.pdf>]. Accessed: 9 January 2014, 6.

76. See Arenhart (n 25) 398.

adequate alternative to address the shortcomings faced by the private enforcement of Competition law in Brazil. However, it is noteworthy that if the formal implementation of public compensation involves both public and private aspects of the enforcement system, its success depends on the adequate integration of these two aspects. To some extent, public compensation encompasses both forms of enforcement, and their adequate performance is fundamental for public compensation to achieve its best results.

This paper has sought to apply the ideas of Ezrachi and Ioannidou in order to promote corrective justice and democratic values in Brazilian Competition law. It is expected that this humble effort will contribute to the improvement of the Brazilian system of Competition law in its fight against anticompetitive infringements, and will help lead to the fair compensation of victims.

VI. BIBLIOGRAPHY

- Aneel determina restituição aos consumidores da Eletropaulo (Aneel, 17 December 2013). [www.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias/Output_Noticias.cfm?Identidade=7623&id_area=]. Accessed 9 January 2014.
- Brazil orange juice probe goes on. *BBC News* (23 November 2006) [<http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/6176178.stm>]. Accessed: 9 January 2014.
- Indenização: Indústrias de citrus concordam em pagar R\$ 100 milhões' (Sistema Ocepar, 24 August 2006) [www.paranacooperativo.coop.br/ppc/index.php/sistema-ocepar/comunicacao/2011-12-07-11-06-29/ultimas-noticias/34119-34119]. Accessed: 9 January 2014.
- AMORE, R and FOER, A. Cy Pres as an antitrust remedy (2005). AAI Working Paper 05/09 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103595]. Accessed: 22 January 2014.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual brasileiro*. RePro 225/ 389. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- Bis, Private actions in Competition law: A consultation on options for reform, (april 2012) [www.bis.gov.uk/assets/biscore/consumer-issues/docs/p/12-742-private-actions-in-competition-law-consultation.pdf]. ('BIS Consultation') accessed: 15 December 2013.
- CANENBLEY, C and STEINVORTH T. *Effective enforcement of Competition law: Is there a solution to the conflict between leniency programmes and private damages actions?* (2011) 2 *JEurCL&P* 315.
- CAPPELLETTI, Mauro and GARTH B, *Access to justice: a world survey* (Giuffrè 1978).
- Commission (EU). *Damages actions for breach of the EC antitrust rules*. (Green Paper) COM (2005) 672 final, 19 December 2005.
- Commission (EU). *Quantifying harm in actions for damages based on breaches of articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union*. (Draft guidance paper. Public consultation, June 2011. [<http://ec.europa.eu/>

- competition/consultations/2011_actions_damages/draft_guidance_paper_en.pdf]. Accessed: 22 January 2014.
- Elhauge E. *Disgorgement as an antitrust remedy*. (2009) 76 ALJ 79.
- EZRACHI, A and Ioannidou, M. *Public compensation as a complementary mechanism to damages actions: From policy justifications to formal implementation*. (2012) 3 JEurCL&P 536.
- FDD. Nota – Relacionamos abaixo os valores recolhidos ao FDD, de acordo com suas finalidades até o dia 31.12.2013. [2014] [http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={2E9C42A4-DF21-4C71-AB15 D54A6BF74B01}&ServiceInstUID={59D015FA-30D3-48EE-B12402A314CB7999}]. Accessed: 19 February 2014.
- GABAN, E and DOMINGUES J, *Brazilian competition law: A practitioner's guide*. (Kluwer Law International 2013).
- GIDI A. Class actions in Brazil. (2003) 51 AJCL 311.
- GRIBERG, M; PAOLETTI, C and CORDOVIL, L. Brazil. In: FOER, Albert and CUNEO, Jonathan (eds.). *The international handbook on private enforcement of Competition law* (Edward Elgar 2010).
- HOOD, C. *Explaining economic policy reversals* (Open University Press 1994).
- IBA. Formulário de sugestões – Consulta Pública 17' [2011] [http://cade.gov.br/upload/IBA.pdf]. Accessed: 9 January 2014.
- IBRAC. Formulário de sugestões – Consulta Pública 17' [2011]. [http://cade.gov.br/upload/IBRAC.pdf]. Accessed: 9 January 2014.
- IOANNIDOU, M. *Enhancing the consumers. Role in EU Private competition law enforcement: A normative and practical approach*. (2012) 8 Comp. L. Rev. 59.
- KOMNINOS A. *EC private antitrust enforcement: decentralised application of EC competition law by national courts* (Hart Publishing 2008).
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT 2010.
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT 2010.
- OAB-DF. Formulário de sugestões – Consulta pública 17, [2011]. [http://cade.gov.br/upload/CCOAB%20DF.pdf]. Accessed: 9 January 2014.
- OAB-SP. Formulário de sugestões – Consulta pública 17, [2011]. [http://cade.gov.br/upload/CECORE.pdf]. Accessed: 9 January 2014.
- OECD. Policy brief – Competition law and policy in Brazil, [2005]. [www.seae.fazenda.gov.br/destaque_ingles/brazilpolbrieffinal.pdf]. Accessed: 11 November 2013.
- _____. *Competition law and policy in Brazil – A peer review*, [2010]. [www.oecd.org/da/competition/45154362.pdf]. Accessed: 11 November 2013.
- OTTA, L and FROUFE, C. Super Cade terá mais poderes que a PF. *Estado de São Paulo*. (Brasília, 7 October 2011). [www.estadao.com.br/noticias/impresso,super-cade-tera-mais-poderes-que-a-pf-,782254,0.htm]. Accessed: 9 January 2014.
- PAGOTTO, L. *Are the brazilian competition authorities being responsive? An analysis based on the Benign Big Gun Model*, (2006) 29 WC 285.

- RAGAZZO, C and SILVA R. Aspectos econômicos e jurídicos sobre cartéis na revenda de combustíveis: uma agenda para investigações, (2006) SEAE – Documento de trabalho 40. [www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2006/DT_40.pdf]. Accessed: 9 January 2014.
- ROBERTSON, A. *UK competition litigation: From Cinderella to Goldilocks?* [2010]. Comp Law 275.
- SDE. Consulta Pública 17, [2011]. [www.cade.gov.br/upload/consulta17_2011.pdf]. Accessed: 11 November 2013.
- WAGNER, G. *Collective redress – Categories of loss and legislative options.* (2011) 127 LQR 55.
- WILS W. *The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages.* (2009) 32 WC 3.
- ZUCKERMAN A. *Civil litigation: a public service for the enforcement of civil rights.* (2007) 26 CJQ 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A judicialização da defesa da concorrência, de Flávia Teixeira Fortes – *RIBRAC* 15/39 (DTR\2011\2311);
- Alguns aspectos acerca da importância da defesa da concorrência para os processos de integração – A questão do controle de concentrações, de Viviane de Freitas Pereira – *RIBRAC* 10/85 (DTR\2011\1929);
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e Banco Central do Brasil (Bacen): Concorrência e regulação no sistema financeiro nacional, de Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita – *RIBRAC* 13/63 (DTR\2011\2208); e
- Defesa da concorrência em juízo o perfil das demandas judiciais envolvendo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, de Stephanie Pereira Muniz – *RIBRAC* 21/353 (DTR\2012\450344).

Advocacia da Concorrência

ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

A INTERAÇÃO ENTRE SEAE E ANP À LUZ DA NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (LEI 12.529/2011)

BRUNO CONDE CASELLI

Mestre em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento (PPED/IE/UFRJ – 2012). Bacharel em economia (IE/UFRJ – 2004). Pós-graduando em Direito do Estado e da Regulação (FGV-RJ). Especialista em Regulação da ANP, lotado na Coordenadoria de Defesa da Concorrência.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial

RESUMO: O presente estudo busca examinar o processo de interação entre regulação e defesa da concorrência a partir da vigência da Lei 12.529/2011, tendo como objeto de análise a relação entre a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), entidade integrante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Neste escopo, o trabalho explicita os aspectos relevantes sobre a Análise de Impacto Regulatório (AIR) que emergem do exercício, pela Seae, da função de advocacia da concorrência prevista na legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação – Concorrência – Agências reguladoras – Petróleo – AIR – Instituições – Interação.

ABSTRACT: This paper studies the process of interaction between regulation and antitrust from the enactment of Law No. 12.529/2011, with the object of analysis the relationship between the Secretariat for Economic Monitoring (SEAE), a member organization of the Brazilian System of Competition Defense (SBDC), and the National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels (ANP). In this scope, the article sets out the relevant aspects of the Regulatory Impact Analysis (RIA) that arise from the role of advocacy competition played by the SEAE.

KEYWORDS: Regulation – Competition – Institutions – Oil – Natural gas – RIA.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Regulação setorial e a nova Lei de Defesa da Concorrência no Brasil: 2.1 As mudanças da Lei 12.529/2011 e o papel da Seae – 3. A interação da Seae com a ANP a partir da Lei 12.529/2011 – 4. Conclusões – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A¹ nova lei brasileira de defesa da concorrência (Lei 12.529/2011) introduziu modificações no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), as quais impactaram as atribuições e a forma de atuação das respectivas entidades integran-

1. Recomendação ao Prêmio IBRAC TIM 2014.

tes. O novo desenho institucional resultante reforça a necessidade de estreitamento das relações das autoridades concorrenciais com as agências reguladoras setoriais no Brasil, o que demanda a formação de um ambiente propício à interação com as agências reguladoras.

Neste contexto, o presente estudo busca examinar o processo de interação entre regulação e defesa da concorrência a partir da vigência da Lei 12.529/2011, tendo como objeto de análise a relação entre a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), entidade integrante do SBDC, e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Neste escopo, o trabalho explicita os aspectos relevantes sobre a Análise de Impacto Regulatório (AIR) que emergem do exercício, pela Seae, da função de advocacia da concorrência prevista na legislação.

2. REGULAÇÃO SETORIAL E A NOVA DE LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

No que concerne à interação entre entidades regulatórias e concorrenciais, em breve estudo, a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, na sigla em inglês) examinou os fatores relevantes na coexistência de autoridades regulatórias e concorrências em diversos países, considerando as características intrínsecas à regulação técnica, à regulação econômica e à aplicação da legislação antitruste (UNCTAD, 2005). De acordo com trabalho publicado, a maioria dos países tem reconhecido a necessidade de promover uma estreita cooperação e a construção de políticas públicas coerentes entre autoridades de defesa da concorrência e órgãos reguladores, considerando as respectivas competências definidas em lei. Um elemento-chave desta cooperação é a troca de informações, aproveitando-se das expertises e da especialização inerentes a cada entidade estatal (UNCTAD, 2005, p. 7-8).

No escopo dos fatores que poderiam nortear a relação entre as entidades regulatórias e de defesa da concorrência, destaca-se o princípio da subsidiariedade, o qual estabelece que qualquer forma particular de intervenção estatal por meio de edição de normas regulatórias deve ser realizada em nível de governança adequado à efetividade da regulação. O atendimento daquele princípio, por sua vez, tende a ser facilitado por outros princípios, destacando-se: transparência (acesso às informações necessárias para fazer julgamentos corretos); devido processo legal e princípio da participação² (possibilidade de manifestação de todos os que possam ser afeta-

2. Na Constituição Brasileira de 1988, podemos citar, por exemplo, o art. 5.º, LIV (devido processo legal), o art. 37, § 3.º (princípio da participação); e o art. 58, § 2.º, II (possibilidade de realização, pelas comissões temáticas do Congresso Nacional, de audiências públicas com entidades da sociedade civil).

dos por determinado regulamento – por exemplo, a advocacia da concorrência)³ e; proporcionalidade (cuidado visando eliminar custos desnecessários decorrentes de eventual excesso normativo ou regulamento ineficaz) (UNCTAD, 2005).

Sobre tal aspecto, mostra-se interessante mencionar a existência de mecanismo cada vez mais utilizado pelas entidades estatais, em especial as agências reguladoras, para a mensuração dos impactos negativos e positivos das respectivas decisões sobre os agentes econômicos. Denominado Análise de Impacto Regulatório (AIR), o instrumento tem o objetivo de examinar as consequências de determinada norma a ser editada, considerando elementos como: identificação do problema, agentes impactados, efeitos sobre o ambiente concorrencial do mercado e custos e benefícios decorrentes da regulamentação. Tal conjunto de informações, além de fundamentar o ato administrativo e de demonstrar o juízo da proporcionalidade adotada pela entidade reguladora, amplia a capacidade de participação dos diferentes setores da sociedade no âmbito das consultas e audiências públicas.

Conforme destacado por Sampaio (2013), é possível compreender que a ação estatal manifestada pela edição de normas regulatórias impositivas ou substitutivas do mercado e que representam, de modo geral, restrições de atuação e custos adicionais aos agentes econômicos devem atentar para os requisitos de transparência, participação social, legitimidade e, fundamentalmente, observar o princípio da proporcionalidade. Ou seja, “(...) o resultado social obtido com a intervenção estatal sobre a esfera de liberdade econômica do agente privado de ser proporcional à sua carga coativa” (SAMPAIO, 2009, p. 89).

Comentando sobre a adoção da AIR no Brasil, Sampaio e Guerra (2012) explicitam que, apesar de não ser obrigatória (via lei geral, por exemplo), agências reguladoras federais têm iniciado experiências na utilização do AIR como forma de melhor subsidiar e avaliar as consequências das decisões regulatórias, o que também resulta em maior debate público e transparência administrativa e fortalece o caráter participativo do regime democrático constitucionalmente previsto.⁴

Refletindo acerca dos limites de atuação das entidades de defesa da concorrência e agências reguladoras, Sampaio (2013) lembra que a linha divisória dos mencionados limites pode ser tênue, na medida em que, de um lado, normas regulatórias, mesmo com conteúdo técnico, podem interferir no desenvolvimento da livre con-

3. Como veremos, papel este exercido atualmente pela Seae do Ministério da Fazenda, conforme atribuição legal constante do art. 19 da Lei 12.529/2011.

4. Sampaio e Guerra (2012) citam, ainda, o Dec. 6.062/2007, que instituiu o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG. Tal programa tem atuado na melhoria da qualidade regulatória no Brasil, em especial por meio da realização de atividades de capacitação de servidores públicos para implantação dos mecanismos de AIR nas entidades reguladoras federais.

corrência em determinado mercado (por exemplo, por meio da criação de barreiras regulatórias à entrada) e, de outro, eventuais decisões da autoridade concorrencial podem afetar a dinâmica do mercado de forma distinta daquela decorrente da regulação setorial.

No mesmo sentido, estudo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (1999) apresenta considerações relevantes acerca do processo de inter-relação entre as autoridades concorrenciais e as entidades reguladoras setoriais, em especial no que tange aos impactos dos atos normativos nos mercados regulados. Analisando o desenho institucional de diversos países, o trabalho expõe a importância da legislação concorrencial na definição de competências que permitam à autoridade de defesa da concorrência promover a observância de princípios pró-competitivos no processo decisório da regulação setorial, refletindo um arcabouço regulatório gradativamente mais influenciado pela concorrência.

Anders *et al* (2012), ao examinarem as principais modificações introduzidas pela Lei 12.529/2011, explicitam que a função de advocacia da concorrência estabelecida na Lei pode ser dividida em duas vertentes. A primeira teria um caráter educativo e seria exercida por meio da divulgação de regras e diretrizes associadas às boas práticas concorrenciais, tendo como foco as diversas entidades públicas (incluindo os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), órgãos de classe, associações de consumidores, sindicatos, empresas e sociedade de modo geral.

A segunda vertente, por seu turno, representaria a relação entre as autoridades de defesa da concorrência e demais entidades formuladoras e implementadoras de políticas públicas, nas quais se enquadram, por exemplo, as agências reguladoras setoriais. De acordo com os autores, as competências relacionadas a esta vertente poderiam conferir tanto a competência de meramente opinar sobre os aspectos concorrenciais de atos normativos a serem editados, quanto de exigir a retirada do ordenamento jurídico de determinado regulamento que fosse contrário aos princípios e à legislação de defesa da concorrência.⁵ Ou seja, em vista dos potenciais impactos de atos normativos sobre determinado mercado, torna-se recomendável que “(...) os órgãos de defesa da concorrência atuem como agentes fiscalizadores dos demais órgãos administrativos, de forma a impedir que um ato normativo-regulador possa desvirtuar um ambiente competitivo quando este é economicamente viável e eficiente” (ANDERS *et al*, 2012, p. 79). Ainda na visão dos autores, nas situa-

5. Na interpretação dos autores, inclusive, esta parece ser a intenção do inc. VIII do art. 9.º da Lei 12.529/2011, o qual conferiu ao Tade o poder de “requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento” (BRASIL, 2011) da mencionada Lei (ANDERS *et al*, 2012).

ções de possível geração de distorções ao ambiente concorrencial, os atos deveriam sujeitar-se à análise e ao julgamento pelas autoridades de defesa da concorrência.

2.1 As mudanças da Lei 12.529/2011 e o papel da Seae

A Lei 8.884/1994, antiga Lei de Defesa da Concorrência, instituída em um momento de abertura e liberalização da economia brasileira, teve o papel importante de consolidar e modernizar a definição de infrações à ordem econômica e ampliar a importância das análises antitruste (atos de concentração econômica), contribuindo para o fortalecimento do aparato institucional necessário à repressão ao abuso de poder econômico. A referida Lei transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia federal e implementou o SBDC, caracterizado pela ação coordenada das demais entidades integrantes: a Seae do Ministério da Fazenda e a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça (MJ).

Conforme mencionado por Carvalho e Lima (2012), a década de 1990 marcou a reestruturação patrimonial do Estado brasileiro a partir do processo de privatizações de empresas estatais, da criação de diversas agências reguladoras setoriais e do surgimento da defesa da concorrência como nova concepção de intervenção estatal.

O aprendizado obtido durante a vigência da Lei 8.884/1994 e a consolidação da importância do papel da defesa da concorrência no modelo de desenvolvimento econômico brasileiro contribuíram para o processo de revisão da legislação antitruste no Brasil, iniciado no Congresso Nacional em 2004 e que culminou com a promulgação da Lei 12.529/2011, fixando um novo marco legal da defesa da concorrência no país. As modificações foram significativas e referiram-se tanto ao aspecto institucional, quanto às principais áreas de atuação: análise de estruturas, investigação de condutas e exercício da advocacia da concorrência.

No que tange aos dois primeiros aspectos, de acordo com as contribuições trazidas por Pedra (2013, p. 2), a nova lei promoveu alterações nos processos tanto de análises de atos de concentração, quanto de investigação de condutas anticompetitivas, tendo como “objetivo principal minimizar os problemas referentes à lentidão e à burocracia dos processos, a análises desenvolvidas por mais de uma instituição e à notificação dos atos de concentração com efeitos pouco representativos no ambiente econômico”.

Já com relação ao terceiro aspecto, foi definido para a Seae um novo papel⁶ no âmbito do desenho institucional do SBDC, centralizando a atuação daquela

6. O art. 19 da Lei 12.529/2011 atribui claramente à Seae a função de advocacia da concorrência, em especial, com vistas à análise dos aspectos concorrenciais e dos impactos ao ambiente competitivo decorrentes de atos normativos aditados pelas entidades estatais.

secretaria na “promoção da concorrência junto aos órgãos de governo e à sociedade, nos diversos setores da atividade econômica, com ênfase na análise dos mercados regulados” (PEDRA, 2013, p. 3). A nova Lei de Defesa da Concorrência, portanto, trouxe impactos diretos na relação entre as agências reguladoras e a Seae (no âmbito das análises de impactos concorrenciais decorrentes das propostas de atos normativos a serem editadas) e estabeleceu, para o Cade, a função de aplicar a legislação concorrencial no que tange ao controle de estruturas e de condutas.

À luz da Lei 12.529/2011, portanto, o novo SBDC passa a ser composto pelo Cade e pela Seae, distinguindo-se da composição anterior, que incluía a SDE do MJ.⁷ De acordo com a nova legislação, o Cade, organizado como autarquia federal com função judicante vinculada ao MJ, é constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (Tade), pela Superintendência-Geral (SG); e pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE).⁸

Especificamente no que à interação entre agências reguladoras e Seae, a partir das atribuições conferidas a essa secretaria pela nova legislação, em particular no que concerne à função de advocacia da concorrência, Pedra (2013) evidencia a importância da interface entre entidade reguladora e concorrencial por meio do processo de consultas públicas conduzido pelas agências quando da proposição de atos normativos setoriais. O autor explicita que a elaboração pela Seae de pareceres analíticos relacionados às minutas de textos de regras regulatórias, os quais apresentam questionamentos acerca dos motivos e dos impactos das regras propostas, permitem às agências, de acordo com a respectiva avaliação técnica, incorporar eventuais sugestões e aprimorar a redação final do ato normativo a ser editado. Entretanto, o curto espaço de tempo hoje verificado entre a disponibilização da minuta, a emissão do parecer analítico pela Seae (encaminhado no âmbito das consultas ou audiências públicas) e a realização da audiência pública tende a prejudicar a reflexão técnica dos argumentos apresentados, especialmente em temas de alta complexidade. Assim, o desenvolvimento de mecanismos de comunicação e cooperação entre essa secretaria e as agências reguladoras⁹ parece colaborar com esse processo de formulação de regras regulatórias e, consequentemente, contri-

7. As funções da SDE foram absorvidas pela Superintendência-Geral do novo Cade, como veremos brevemente adiante.

8. Nos termos do art. 5.º da Lei 12.529/2011.

9. Este, inclusive, parece ser um dos objetivos da Lei 12.529/2011, na medida em que, no inc. II do § 1.º do art. 19, explicitamente, estabeleceu que para o cumprimento de suas atribuições, a Seae poderá “celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência” (BRASIL, 2011).

buir com o desenvolvimento de análises dos impactos das decisões regulatórias sobre o ambiente concorrencial.

Ainda no que tange ao papel da Seae, ao comentar as mudanças observadas a partir da vigência da Lei 12.529/2011, Oliveira Jr. (2012) explicita que as alterações legais concentraram naquela secretaria o importante papel de advocacia da concorrência, com a função precípua “(...) de orientar a comunidade em geral e os demais órgãos e entidades do Estado sobre a política de defesa da concorrência” (OLIVEIRA JR., 2012, p. 162). Deste modo, a Seae continua integrando o SBDC, porém, com a responsabilidade adicional¹⁰ de coordenar as atividades relativas à interseção entre defesa da concorrência e regulação econômica, com foco nas discussões e manifestação *ex ante* acerca dos aspectos concorrenciais dos marcos regulatórios setoriais, por meio da emissão de pareceres sobre atos normativos e regras regulatórias que, em abstrato, poderiam prejudicar a livre concorrência (CARVALHO; LIMA, 2012). Neste sentido, a atuação da Seae no papel de advocacia da concorrência passa a ocorrer, por exemplo, no momento das consultas públicas realizadas pelas agências reguladoras.

À luz do novo desenho institucional introduzido pela Lei 12.529/2011, o capítulo seguinte apresentará, na perspectiva de um estudo de caso, aspectos da interação entre a Seae e uma agência reguladora setorial: a ANP.

3. A INTERAÇÃO DA SEAE COM A ANP A PARTIR DA LEI 12.529/2011

Após a vigência da Lei 12.529/2011 a Seae assumiu a função precípua de advocacia da concorrência, nos termos definidos no art. 19 da mencionada Lei. No que tange às agências reguladoras, o legislador infraconstitucional explicitou a competência daquela secretaria em opinar, como entidade integrante do SBDC, nos aspectos referentes à promoção da concorrência sobre as proposições de atos normativos submetidos à consulta pública pelas agências reguladoras, inclusive quanto aos pedidos de revisão tarifária.

Neste novo contexto, a Seae vem atuando intensamente nessa função de advocacia da concorrência, especialmente junto às agências reguladoras setoriais. Por meio dos denominados Pareceres Analíticos sobre Regras Regulatórias, de 2012 até maio de 2014, a Seae elaborou 686 documentos,¹¹ nos quais constam manifestações

10. Permanece a possibilidade de manifestação da Seae nos processos referentes a atos de concentração e condutas anticompetitivas estipuladas na Lei 12.529/2011.

11. O quantitativo total baseou-se na numeração dos pareceres disponíveis no sítio eletrônico da Seae, conforme link [www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/manifestacoes-sobre-regras-regulatorias]. De acordo com os dados obtidos, anualmente foi

acerca dos potenciais impactos concorrenciais das propostas de regulamento nos mercados regulados.

Assim, tendo em vista o escopo do presente estudo, serão examinados o conteúdo dos Pareceres Analíticos sobre Regras Regulatórias encaminhados pela Seae à ANP, no âmbito das consultas públicas realizadas por essa agência. Adicionalmente, do ponto de vista metodológico, serão realizados dois recortes: um temporal (que selecionará os documentos elaborados nos anos de 2012 e 2013) e um analítico (que considerará os pareceres da Seae que foram respondidos pela ANP por meio de Notas Técnicas Conjuntas¹² com a participação da Coordenadoria de Defesa da Concorrência (CDC) dessa agência).¹³⁻¹⁴

À luz da referida metodologia, a Tabela 1 apresenta a descrição dos pareceres da Seae objeto de análise, considerando sua identificação numérica e ano, a consulta pública de referência e a temática principal da proposição normativa. Além disso, considerando o recorte analítico mencionado, a Tabela 1 expõe o resultado da análise do conteúdo dos pareceres da Seae, quando foram observados os diversos aspectos constantes da opinião técnica dessa secretaria, no exercício de sua atribuição legal, em relação às propostas normativas apresentadas pela ANP.

elaborado o seguinte quantitativo de pareceres: 214, em 2012, 350, em 2013, e 122, até maio de 2014.

12. Entende-se por Nota Técnica Conjunta o documento elaborado por duas ou mais Unidades Organizacionais da ANP, que contempla as considerações técnicas acerca de determinada temática regulatória e que aborda aspectos regimentais das distintas áreas envolvidas (por esse motivo é feita conjuntamente). Tais documentos são, de modo geral, elaborados em função da complexidade da temática apresentada ou para responder a questionamentos encaminhados por entidades externas (como Ministérios Públicos, Poder Judiciário, Seae etc.).
13. Para fins do presente estudo, a opção por examinar as manifestações da Seae respondidas por meio de Notas Técnicas Conjuntas deveu-se ao fato de que, nos referidos casos, a CDC da ANP foi instada a analisar e observar os comentários apresentados pela Seae, ponderando os aspectos abordados no âmbito dos pareceres analíticos, coordenando a resposta a ser encaminhada e, eventualmente, sugerindo internamente melhorias à minuta de resolução proposta inicialmente pela ANP.
14. Considerando o referido recorte analítico, foram examinadas 15 propostas regulatórias da ANP com manifestação da Seae. As Notas Técnicas Conjuntas elaboradas pela CDC e pelas áreas técnicas internas da ANP promotoras das audiências e consultas públicas estão disponíveis no sítio eletrônico da Agência: [www.anp.gov.br/?pg=69956].

Tabela 1 – Questões apresentadas nos Pareceres Analíticos Sobre Regras Regulatórias encaminhados pela Seae à ANP (2013-2013)

Ano	Parecer SEAE	Consulta ANP	Tema	Ha identificação do problema?	Ha documentação fundamentando a proposta?	Ha identificação da base legal?	Ha identificação dos agentes afetados?	Ha identificação dos efeitos sobre a sociedade (positivos e negativos)?	Custos e benefícios foram estimados?	Foram identificadas opções regulatórias?	Ha análise de impacto econômico (AL)?
2012	Parecer nº 20/COGEN/SEAE/MF	05/2012	Refino	Parcialmente	Parcialmente	Sim	Parcialmente	Não	Não	Não	Sem Impacto
2012	Parecer nº 25/COGEN/SEAE/MF	06/2012	Transporte por dutos	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Não	Sim	Não
2012	Parecer nº 33/COGEN/SEAE/MF	11/2012	Especificação de produtos	Sim	Parcialmente	Sim	Parcialmente	Não	Não	Não	Não
2012	Parecer nº 90/COGEN/SEAE/MF	09/2012	Abastecimento	Sim	Sim	Sim	Parcialmente	Parcialmente	Não	Não	Sem Impacto
2012	Parecer nº 182/COGEN/SEAE/MF	17/2012	Especificação de produtos	Sim	Sim	Parcialmente	Sim	Parcialmente	Não	Não	Sem Impacto
2012	Parecer nº 19/COGEN/SEAE/MF	02/2013	Leilão de blocos exploratórios	Não	Não	Parcialmente	Parcialmente	Não	Não	Não	Não
2012	Parecer nº 84/COGEN/SEAE/MF	06/2013	Especificação de produtos	Sim	Sim	Parcialmente	Sim	Parcialmente	Parcialmente	Sim	Não
2013	Parecer nº 96/COGEN/SEAE/MF	10/2013	Especificação de produtos	Sim	Sim	Sim	Parcialmente	NA	NA	NA	Não
2013	Parecer nº 110/COGEN/SEAE/MF	08/2013	Abastecimento	Sim	Parcialmente	Sim	Sim	NA	NA	Não	Não
2013	Parecer nº 145/COGEN/SEAE/MF	13/2013	Abastecimento	Sim	Parcialmente	Sim	Sim	Parcialmente	Não	Não	Não
2013	Parecer nº 146/COGEN/SEAE/MF	12/2013	Especificação de produtos	Parcialmente	Não	Não	Parcialmente	Parcialmente	Não	Não	Sem Impacto
2013	Parecer nº 179/COGEN/SEAE/MF	20/2013	Leilão de blocos exploratórios	Não	Não	Parcialmente	Parcialmente	Não	Não	Não	Não
2013	Parecer nº 213/COGEN/SEAE/MF	22/2013	Especificação de produtos	Sim	Sim	Parcialmente	Sim	Parcialmente	Parcialmente	NA	Não
2013	Parecer nº 213/COGEN/SEAE/MF	23/2013	Transporte por dutos	Sim	Sim	Sim	Parcialmente	NA	NA	NA	NA
2013	Parecer nº 224/COGEN/SEAE/MF	25/2013	Leilão de blocos exploratórios	Não	Não	Parcialmente	Parcialmente	Não	Não	NA	Não

Fonte: elaboração própria a partir dos pareceres da Seae disponíveis em: [www.seae.fazenda.gov.br].

Nota: qualificação "sim", "não" e "parcialmente" dadas a partir de interpretação própria, considerando os pareceres da Seae, a metodologia adotada e os resultados nas análises efetuadas.

Legenda:

Sim: questão tratada pela Agência.

Parcialmente: qualificação dada a partir da interpretação dos pareceres da Seae, considerando menção de que, embora possa ser deduzida a resposta, a documentação ou a informação disponibilizadas pela agência deveriam ser mais claras ou completas.

Não: informação não considerada ou não divulgada pela Agência.

Sem impacto: a Seae considerou que não há impacto concorrencial.

NA: não avaliado – questão não avaliada no parecer da Seae.

Inicialmente, é interessante notar que nos primeiros pareceres encaminhados à ANP, a Seae destaca a importância da participação social no processo de regulamentação das agências reguladoras. De acordo com a Seae, na medida em que órgão regulador setorial não é capaz de deter e conhecer todas as informações do mercado, os mecanismos de consulta e audiência públicas contribuem para a obtenção de informações que possam auxiliar a análise técnica e os potenciais impactos da norma, aprimorando, conseqüentemente, a tomada de decisão pela autoridade reguladora. Conforme explicitado pela Seae (2012, p. 1):

"[A]s agências reguladoras, como todos os agentes que atuam em dado mercado, possuem visão incompleta e imperfeita das matérias objeto da tomada de decisão. Nesse sentido, a coleta de informações e opiniões por meio de audiências e consultas públicas permite a descoberta de falhas regulatórias não previstas pelas agências reguladoras. Por isso, a participação social é elemento chave para construção de uma regulação mais eficiente e transparente; confere, também, maior legitimidade às regras editadas. Contribui, assim, para a potencial redução de falhas regulatórias, cujos efeitos nocivos não são prontamente captados pela agência reguladora."

Os pareceres da Seae utilizam a abordagem da AIR como forma de subsidiar o exame dos aspectos relevantes da proposição normativa, preocupando-se também com a qualidade da informação apresentada à sociedade e com a robustez da fundamentação técnica, o que, sob o ponto de vista concorrencial, procura verificar, em última análise, a proporcionalidade do ato administrativo potencialmente impactante à livre iniciativa e à livre concorrência, conforme mencionado no subitem 3.1. A disponibilização adequada de documentação balizadora é essencial para a compreensão, pelos agentes afetados, do contexto que levou a entidade regulatória a propor nova regulamentação ou alteração de regulamento vigente.

Neste escopo, a Seae ressalta a importância da identificação clara e precisa do problema a ser enfrentado, sendo este um requisito necessário à adequação e oportunidade da solução regulatória a ser implementada. O entendimento da Seae (2012) caminha no seguinte sentido de que:

“(…) [a] intervenção regulamentar deve basear-se na clara evidência de que o problema existe e de que a ação proposta a ele responde, adequadamente, em termos de sua natureza, dos custos e dos benefícios envolvidos e da inexistência de alternativas viáveis aplicáveis à solução do problema. É também recomendável que a regulação decorra de um planejamento prévio e público por parte da agência, o que confere maior transparência e previsibilidade para os administrados e maior racionalidade às operações do regulador” (SEAE, 2012, p. 2).

Os aspectos relacionados à base legal de sustentação da decisão regulatória também são objeto de verificação no âmbito dos pareceres encaminhados à ANP, procurando avaliar se o escopo do ato normativo integra o marco legal de criação e definição das atribuições e competência do órgão regulador setorial.

Da mesma forma, a avaliação dos efeitos da regulação sobre a sociedade requer a identificação dos agentes potencialmente afetados pela norma a ser editada, positiva ou negativamente, com a estimação dos custos e benefícios decorrentes da intervenção estatal. De acordo com o manifestado pela Seae (2012), tal estimação, bem como a observação de alternativas viáveis, mostra-se como condição necessária à aferição da eficiência da regulação proposta. No que tange especificamente às agências reguladoras setoriais:

“(…) mais do que simplesmente motivar os seus atos, é desejável que essas entidades, no intuito de melhor validar suas ações, empreendam estudos das estimativas dos custos implícitos em cada norma proposta, condicionando sua aprovação, se possível, à demonstração de que os benefícios a serem produzidos por esses regulamentos justificam sua implementação” (Seae, 2012, p. 4).

Considerando as dificuldades intrínsecas à mensuração dos custos e benefícios de determinada proposta regulatória, já que, em geral, os efeitos, tanto negativos quanto positivos, são avaliados em tese, a Seae pondera que a estimação pode considerar os impactos da norma sob a ótica qualitativa, demonstrando-se a prevalência dos benefícios em relação aos custos possíveis.

Em complementação aos aspectos relacionados à fundamentação das regras regulatórias a serem editadas, bem como ao exame dos impactos e dos potenciais agentes econômicos afetados, a Seae, no escopo de sua função de advocacia da concorrência, aponta a relevância de se observar as eventuais consequências da implementação de políticas públicas específicas sobre o ambiente concorrencial. Nesta perspectiva, denominada Análise do Impacto Concorrencial (AIC), busca-se avaliar, em termos práticos, conforme indicado por OCDE (2011), quatro efeitos possíveis: (a) limitação do número ou da variedade de fornecedores; (b) limitação da capacidade dos fornecedores de competirem entre si; (c) redução do incentivo à competição entre os fornecedores; e (d) limitação das opções dos clientes e da informação disponível.

Em seus pareceres a Seae também manifesta preocupação com a estabilidade das regras regulatórias, indicando que eventual alteração, se não estiver bem fun-

damentada ou for realizada de forma açodada, pode demonstrar fragilidades nos processos fiscalizador e sancionador do ente público, comprometendo, por conseguinte, tanto a credibilidade do órgão regulador, quanto o próprio ambiente regulatório. Assim, de acordo com a avaliação da Seae (2013, p. 6), é desejável que as agências reguladoras:

“(...) no intuito de validar suas ações com a devida credibilidade, cumpram os mecanismos de *enforcement* por elas estabelecidos. A flexibilização desarrazoada, desproporcional e destituída de fundamentação pode gerar insegurança regulatória, através de comportamentos oportunistas empreendidos pelos agentes do setor.”

Deste modo, é possível notar que, embora os pareceres da Seae sejam opinativos, sem representar interferência na atividade reguladora ou poder de “revisão” do ato normativo a ser editado, seu encaminhamento ao órgão regulador, bem como sua divulgação a toda sociedade (por meio do sítio eletrônico da Seae), possui significado relevante do ponto de vista do dever de resposta e da motivação, pelo Poder Público, da proposta apresentada.

Além disso, a partir dos resultados obtidos, observa-se que a análise efetuada pela entidade integrante do SBDC não se restringe aos aspectos estritamente concorrenciais, atentando também para os elementos de ordem formal (como prazos, documentação disponibilizada, identificação do problema, motivação) e institucionais (como credibilidade de órgão regulador, capacidade/viabilidade de fiscalização da regra a ser implementada). Por esta razão, mesmo quando não são identificados potenciais impactos sobre a concorrência, a Seae apresenta sugestões e recomendações acerca das regras regulatórias propostas.

A incorporação da atribuição de advocacia da concorrência pela Seae refletiu-se em uma nova forma de interação entre as agências reguladoras e a autoridade de defesa da concorrência. As questões apresentadas demonstram a preocupação da Seae com a qualidade regulatória, à luz de uma perspectiva de AIR, conforme mencionado no subitem 3.2. Este processo de avaliação externa, por órgão técnico competente, das proposições de normas no momento das consultas e audiências públicas conduzidas pelas agências reguladoras permite identificar eventuais lacunas ou fragilidades frente às melhores práticas regulatórias.

No caso específico da ANP, considerando a delimitação analítica do presente estudo e as informações descritas na Tabela 1, é possível notar que as questões apresentadas pela Seae não são uniformemente observadas nas proposições regulatórias daquela agência. Inicialmente, como ponto positivo destacado em todos os pareceres, cita-se a realização prévia de consultas ou audiências públicas como forma de participação social.¹⁵ Já a fundamentação técnica das proposições, a identificação

15. No caso da ANP, este também é um requisito legal, conforme previsto no art. 19 da Lei 9.478/1997.

do problema, a base legal e os agentes afetados são os aspectos mais presentes, mesmo que parcialmente.¹⁶ Tais elementos, na realidade, são essenciais e deveriam estar clara e objetivamente presentes em todas as hipóteses de nova regulamentação.

Com relação à existência de documentação que fundamente a proposta, estes não foram identificados em quatro situações e parcialmente observados em outras quatro. Em sete propostas há notas técnicas que explicitam os argumentos técnicos esperados para as normas a serem editadas ou alteradas.¹⁷ De acordo com o citado anteriormente, a apresentação desta fundamentação é de extrema relevância para a efetiva participação da sociedade no processo de consulta pública, permitindo a formulação de contrarrazões que ponderem os efeitos e a necessidade do regulamento a ser editado.

No que concerne à identificação dos efeitos positivos e negativos sobre a sociedade, em 5 dos 15 pareceres elaborados pela Seae consta que tal questão não foi considerada por essa agência na proposição das normas, sendo parcialmente tratada em outras seis e integralmente em apenas uma.¹⁸ Quanto à explicitação das opções à regulação, em apenas duas situações¹⁹ este aspecto foi discutido como forma de subsidiar a tomada de decisão do órgão regulador, pelo menos por ocasião das consultas e audiências públicas.

Por sua vez, a avaliação dos custos e benefícios e a AIC foram os elementos menos apresentados pela ANP com a finalidade de demonstrar os efeitos das regulamentações sobre a sociedade e o mercado. Com relação ao primeiro, é relevante salientar que, embora teoricamente identificado como uma informação importante para o exame das consequências da norma, sua mensuração é bastante difícil em termos quantitativos e qualitativos. Conforme destacado por Sampaio e Guerra (2012), além da dificuldade intrínseca à mensuração, as incertezas das

-
16. Para fins do presente estudo, entende-se como parcialmente atendida a questão levantada pela Seae que, embora não explicitada de forma direta ou completa por essa agência na documentação disponibilizada no âmbito das consultas e audiências públicas, pode ser deduzida a partir de outros elementos disponíveis ou divulgados (como o próprio texto da minuta de resolução). Ressalta-se que esta qualificação não foi atribuída pela Seae, sendo de responsabilidade do presente autor, de acordo com a metodologia adotada e os resultados das interpretações e análises efetuadas. Como exemplo, cita-se que a qualificação “parcialmente” da questão: “Há identificação dos agentes afetados?”, constante do Anexo II, tem como fundamento o descrito no parágrafo 24 do Parecer n. 90/COGEN/SEAE/MF referente ao ano de 2012.
 17. Os pareceres da Seae com as respectivas indicações de “sim”, “não” e “parcialmente” estão descritos no Anexo II, na coluna “Há documento que fundamente a proposta?”.
 18. A indicação dos respectivos pareceres da Seae está descrita no Anexo II, na coluna “Há identificação dos efeitos sobre a sociedade (positivos e negativos)?”.
 19. A indicação dos respectivos pareceres da Seae está descrita no Anexo II, na coluna “Foram identificadas opções à regulação?”.

reais consequências da adoção de determinada política pública tornam bastante complexas a medição e a ponderação dos custos e benefícios da regulação. Nas palavras dos autores:

“[A] inexatidão de informações, a disparidade de técnicas de mensuração, a utilização de diferentes taxas de desconto, ademais da sempre difícil resposta acerca de quanto vale, em termos econômicos, uma política de maior segurança para o consumidor, uma vida salva etc., são elementos que apontam no sentido de que a análise de impacto regulatório não seja um instrumento infenso a ressalvas, não tanto em sua concepção teórica, mas no que tange às diferentes formas com que pode ser implementada na prática” (SAMPAIO; GUERRA, 2012).

Em vista de tais limitações, Sampaio e Guerra (2012) salientam a importância de se “promover o maior engajamento possível dos diferentes segmentos da sociedade, atuar com transparência e buscar sempre a objetivação das considerações que sejam realizadas ao longo do processo”. Assim, mostram-se relevantes o fortalecimento dos mecanismos de participação e a instrumentalização das análises por meio da utilização de métodos que permitam estimar os impactos da regulação. As pesquisas que visam a obter opinião prévia dos agentes envolvidos tendem a contribuir fortemente com a melhoria do processo de regulamentação, ampliando o volume de informações disponíveis à tomada de decisão.

No que tange à AIC, a partir dos dados do Anexo II, notamos que a Seae preocupou-se em dar atenção específica a esta questão, em conformidade com a função de advocacia da concorrência prevista legalmente. Os pareceres da Seae explicitam que a ANP, por ocasião das consultas e audiências públicas, não tornou públicos os elementos e considerações pertinentes aos eventuais impactos negativos ou positivos da regulamentação a ser editada sobre o ambiente concorrencial. No entanto, o breve exame das Notas Técnicas Conjuntas elaboradas pela ANP indica que a temática concorrencial foi abordada no momento seguinte aos pareceres da Seae, incluindo as ponderações da CDC daquela agência. Tal fato denota, por um lado, os desafios internos relacionados à definição de processos e de metodologias de análise que incluam a AIC como requisito para a proposição de regras regulatórias²⁰ e, por outro, reforçam a importância de um corpo técnico capacitado e de uma estrutura organizacional que contemple uma área ou unidade interna responsável pelas análises de impacto potencial da norma a ser editada²¹ (o que parece ser o caso da ANP).

20. Mesmo que em níveis diferenciados de análise, a depender da complexidade e da abrangência do tema, tendo em vista o tempo e os custos intrínsecos à AIC ou AIR.

21. Como visto anteriormente, ANP já possui em sua estrutura uma unidade com estas competências (a CDC). Do ponto de vista organizacional, de modo geral, a criação de áreas com esta função analítica parece ser uma importante ação no âmbito das agências reguladoras, contribuindo para a melhoria da qualidade regulatória.

Assim, à luz do exposto, verifica-se a relevância da atual abrangência temática das contribuições apresentadas pela Seae, o que demonstra a efetiva atuação dessa secretaria no papel de advocacia da concorrência estabelecido na Lei 12.529/2011, especialmente no âmbito da interação com as agências reguladoras setoriais. Tal configuração parece indicar que a nova legislação ampliou e otimizou as ações em prol da defesa da concorrência do Brasil, aperfeiçoando as três vertentes de atuação: preventiva (atos de concentração), repressiva (investigação de condutas) e advocacia da concorrência.

De outro modo, conclui-se que, apesar dos avanços recentes nos processos de elaboração de normas, os desafios ainda são grandes no sentido de mensurar os impactos da intervenção regulatória do Estado no ambiente econômico, com efeitos sobre a livre iniciativa e a concorrência, especialmente no que tange às agências reguladoras setoriais. Deste modo, o desenvolvimento permanente de ações e de mecanismos que ampliem a participação social e a transparência dos atos administrativos e de ferramentas que contribuam para mensuração dos impactos das regras regulatórias (*ex ante* e *ex post*) são essenciais para assegurar a legitimidade e a proporcionalidade requeridas para a regulação estatal.

4. CONCLUSÕES

O presente estudo buscou analisar a interação entre defesa da concorrência e regulação setorial a partir das alterações introduzidas pela Lei 12.529/2011, as quais se refletiram na composição e nas atribuições das entidades integrantes do SBDC. O exame concentrou-se em estudo de caso, considerando a inter-relação da Seae com a ANP.

À luz da análise da interação entre as duas entidades mencionadas, fica demonstrada a importância do papel da advocacia da concorrência atribuído à Seae pela nova legislação. Na medida em que a ação estatal por meio da edição de normas regulatórias impositivas ou substitutivas do mercado pode representar, de modo geral, a criação de barreiras à entrada, de restrições de atuação e de custos adicionais aos agentes econômicos, é essencial o atendimento aos requisitos de transparência, participação social e fundamentação técnica, baseando-se no princípio da proporcionalidade. Neste sentido, a crescente utilização das ferramentas de AIR contribui para a mensuração dos custos e benefícios (diretos e indiretos) decorrentes da ação regulatória.

A atuação da Seae como entidade promotora da concorrência, especialmente por meio da elaboração dos Pareceres Analíticos sobre Regras Regulatórias encaminhados às agências reguladoras setoriais, evidencia as vertentes educativa e relacional das competências estabelecidas em lei: por um lado, tem-se a divulgação de regras e diretrizes associadas às boas práticas concorrenciais e, por outro, denota a relação entre as autoridades de defesa da concorrência e demais entidades formuladoras e

implementadoras de políticas públicas, em particular por meio da manifestação de opinião acerca dos aspectos concorrencias de atos normativos a serem editados. Tais fatores, por conseguinte, ampliam o debate público e a transparência administrativa.

Adicionalmente, a partir da análise do caso concreto, pode inferir que ainda são grandes os desafios relacionados à definição de processos e de metodologias de AIR como requisito para a proposição de regras regulatórias. Além disso, é fundamental para as agências reguladoras a formação de um corpo técnico capacitado e de estruturas organizacionais aptas à realização de análises das consequências do regulamento proposto.

Por fim, fica patente que a nova legislação ampliou e otimizou as ações em prol da defesa da concorrência do Brasil, em particular no que tange à vertente de advocacia da concorrência, considerando o escopo do presente estudo. Todavia, ainda são grandes os desafios no sentido de mensurar os impactos da intervenção regulatória do Estado no ambiente econômico, com efeitos sobre a livre iniciativa e a concorrência. Portanto, com vistas a assegurar a legitimidade e a proporcionalidade requeridas para a regulação estatal, mostram-se indispensáveis a ampliação da participação social e da transparência dos atos administrativos bem como a utilização de ferramentas que contribuam para a mensuração dos impactos das regras regulatórias (*ex ante* e *ex post*).

5. BIBLIOGRAFIA

- ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coords.). *Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método, 2012.
- BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Seção 1. p. 1-9. Brasília: Poder Executivo, 01.12.2011.
- CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiane Nogueira da Cruz. A nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira: comentários sob uma perspectiva histórico-institucional. *Publicações da Escola da AGU: a nova Lei do Cade*. n. 19. ano IV. p. 7-34. jul. 2012.
- OCDE. Guia de Avaliação de Concorrência (Volume 1: Princípios). 2011. Disponível em: [www.oecd.org/da/competition/46969642.pdf]. Acesso em: 01.06.2014.
- _____. Relationship Between Regulators and Competition Authorities. DAFNE/CLP(99)8. 1999. Disponível em: [www.oecd.org/regreform/sectors/1920556.pdf]. Acesso em: 06.06.2014.
- OLIVEIRA JR., Fernando Antônio Alves de. A nova Lei do Cade e a reestruturação administrativa do SBDC: pontos positivos e negativos. *Publicações da Escola da AGU: a nova Lei do CADE*. n. 19. ano IV. p. 135-171. jul. 2012.
- PEDRA, Douglas Pereira. Principais modificações e impactos para as agências reguladoras decorrentes da Lei n. 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência). jan. 2013. Disponível em: [www.anp.gov.br/?dw=63614]. Acesso em: 09.06.2014.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do Cade em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____; GUERRA, Sergio. Análise de impacto regulatório: ferramenta a serviço da transparência e da eficiência da regulação. *Revista Justiça & Cidadania*. vol. 145. 2012. Disponível em: [www.editorajc.com.br/2012/09/analise-de-impacto-regulatorio-ferramenta-a-servico-da-transparencia-e-da-eficiencia-da-regulacao]. Acesso em: 24.06.2014.

SEAE. Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n. 148/COGEN/SEAE/MF Brasília, 19.06.2013. Disponível em: [www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/manifestacoes-sobre-regras-regulatorias/2013]. Acesso em: 01.06.2014.

_____. Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n. 25/COGEN/SEAE/MF Brasília, 11.06.2012. Disponível em: [www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/manifestacoes-sobre-regras-regulatorias/2012]. Acesso em: 01.06.2014.

UNCTAD. *Best practices for defining respective competences and settling of cases which involve joint action of competition authorities and regulatory bodies*. Antalya, Turkey: UNCTAD, set. 2005. Disponível em: [http://unctad.org/en/docs/trbpconf6d13_en.pdf]. Acesso em: 10.06.2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12.529/2011, de Leopoldo Pagotto, Bruno Oliveira Maggi e Gabriel Noronha Grecco – *RDB* 55/15 (DTR\2012\2468);
- A nova realidade do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), de Ricardo Bruning Bellon – *RIBRAC* 23/261 (DTR\2013\3450);
- O novo desenho institucional do antitruste brasileiro: uma análise crítica a partir da estrutura organizacional preconizada pela Lei 12.529/2011, de Fernando Amorim Soares de Mello – *RIBRAC* 23/197 (DTR\2013\3537), e
- Sistema Brasileiro de Concorrência e Regulação, de Vários Autores – *RIBRAC* 7/145 (DTR\2011\4918).

THE ROLE OF COMPETITION AUTHORITIES IN COMPETITION LAW REFORMS

SIMONE PIERI

Chairman of ICLA Italia (the Italian branch of ICLA Europe, In House Competition Lawyers' Association).

VICENTE BAGNOLI

Attorney at Law specialized in antitrust in Brazil. PhD Professor of Law at Mackenzie University. President of the Brazilian Bar Association – Sao Paulo. Bureau of Competition. Counselor of IBRAC – Brazilian Institute of Competition. Member of Ascola – Academic Society for Competition Law and Director of the Italian Chamber of Commerce – Sao Paulo/Brazil.

MALGORZATA KOZAK

Ph.D. is attorney at law specialized in antitrust in Poland.

ÁREA DO DIREITO: Internacional

RESUMO: A promoção da concorrência no mercado é objetivo de cada autoridade antitruste. Defender as reformas do direito da concorrência que visam remover obstáculos e ainda estimular a concorrência também é fundamental para alcançar esse objetivo. Da mesma forma, a promoção da cultura de compliance entre os agentes econômicos aumenta a consciência das questões concorrenciais.

PALAVRAS-CHAVE: Promoção da concorrência – Compliance – Advocacia da concorrência – Reformas de lei de concorrência.

ABSTRACT: The promotion of competition within the market place is at the core of every antitrust agency. Successfully advocating competition law reforms aimed at removing barriers and further stimulate competition is also fundamental to accomplish this goal. Likewise, the promotion of compliance culture among the different stakeholders increases awareness of competition matters.

KEYWORDS: Promotion of competition – Compliance – Advocacy – Competition law reforms.

INTRODUCTION

The promotion¹ of competition within the market place is at the core of every antitrust agency. This goal is pursued through a number of means despite the

-
1. Views and opinions included in this article are strictly those of the authors. The authors are NGAs of ICN. The authors would like to thank Paolo Palmigiano (General Counsel and Chief Compliance Officer Emea for Sumitomo Electric Industries) and Cristina Mariani (Senior Consultant at Interel in Brussels and *collaboratrice scientifique* at the Institute of European Studies (IEE) (ULB), for their suggestions, support and valuable assistance.

enforcement activity seems still to be considered as the most effective tool to foster a pro-competitive environment, by the majority of agencies world-wide at least and especially the older ones.

Successfully advocating competition law reforms aimed at removing barriers and further stimulate competition is also fundamental to accomplish this goal. However, it implies the ability to reach consensus and willingness at political level.

Likewise, key is the promotion of compliance culture among the different stakeholders, thereby increasing awareness of competition matters. When the benefits arising out of a competitive market are explained and understood by the public, reforms are more likely to succeed and compliant behavior to increase.

The role of competition authorities in competition law reforms has dramatically changed over the last ten years due to three main reasons.

First of all, since 2008, economies globally have strived to cope with the effects of the financial crisis. In a number of jurisdictions exceptional temporary regimes have been implemented or the application of the legal framework in force substantially relaxed, to help players overcome the effects of the economic downturn.² In parallel, antitrust fines have been applied and appropriately calibrated according to the applicable rules taking into due consideration companies' ability to pay in this specific economic context.

Secondly, since the creation of the International Competition Network (ICN) in 2001, competition advocacy has been significantly encouraged and is considered today as a "driver for change"³ to foster pro-competitive reforms, complementing the agencies' enforcement activity. The ICN approach towards advocacy has

2. See in particular the state aid temporary rules established in response to the economic and financial crisis, available at: [http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/temporary.html], accessed: 12.10.2014. See also the "Communication on State aid modernization" of 08.05.2012 (COM/2012/0209 final, at: [<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52012DC0209>], accessed: 12.10.2014), where the European Commission sets out a State aid reform programme aimed at fostering growth, while increasing legal certainty, predictability and transparency of the decision making process for the granting of state aids (heavily criticized for its alleged opacity during the crisis).

3. See the ICN Workshop "Advocacy: a driver for change" that took place in Rome on 12 and 13.12.2013, organized by the Italian Competition Authority (at: [www.agcm.it/component/content/article/6634.html], accessed: 12.10.2014). "(...) The title chosen for this workshop – 'Advocacy: a driver for change' – underlines the fact that competition advocacy is now seen as a core part of a competition agency's work, alongside enforcement. By changing the competitive environment and by promoting pro-competitive reforms, competition agencies can play an important role in meeting the challenges of the current economic climate and in fostering growth. (...)", see "Some Thoughts on 'Advocacy: A Driver For Change' – ICN Workshop, December 12-13, 2013, Rome", Alessandra Tonazzi and Michele Pacillo (Italian Competition Authority), 23.01.2014, Competition Policy

been followed – beside the agencies that belong to the network – by a number of organizations operating at international level, in particular the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) and the World Bank.

Last but not least, the substantial investments of companies in compliance, including antitrust compliance, and the increased dialogue and exchange with competition authorities on the matter (directly or through association and think tanks), has led a number of agencies to reform the applicable legal framework to discipline and encourage the adoption of antitrust compliance initiatives, such as compliance programs. Despite these positive developments are the results of the advocacy efforts put forth by both agencies and companies with one another through an interactive process, they should be considered separately given the growing importance taken on by compliance programs world-wide.

This article intends to analyse the changing role of competition authorities in competition law reforms. The first part will focus on the advocacy function of antitrust authorities, in particular looking at the initiatives recently undertaken by the ICN, the OECD and the World Bank. The second part will consider more specifically the developments at European Union level, as well as in a number of jurisdictions that may be considered representative for South America, Southern and Eastern Europe. The positive evaluation and promotion of compliance programs by competition authorities as a form of advocacy will be also explored.

The article concludes with an assessment of the role played nowadays by competition authorities in advocating pro-competitive reforms and the possible future trends.

ADVOCACY: DEVELOPMENTS AT INTERNATIONAL LEVEL

a. The International Competition Network

The International Competition Network (ICN) has proven to be the engine, at global level, of the debate on advocacy, contributing in shaping the new role embodied by competition agencies nowadays. Figures talk: the network has grown from 16 to 104 members (from 92 jurisdictions) in 7 years (from 2001 to 2009),⁴ increased to 209 in the last five years. The whole global competition community is represented: beside Europe, North and South America, Asia, Africa and Australia.

The ICN has been set up with the main purpose of advocating the adoption of high standards and procedures in competition policy globally. To that extent the

International (CPI) ICN Column, at: [www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/ICNJanuary14.pdf], accessed: 12.10.2014.

4. See the ICN Fact Sheet and Key Messages (April 2009) at: [www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc608.pdf], accessed: 12.10.2014.

network puts forward proposals for procedural and substantive convergence with a view to facilitate effective international cooperation to the benefit of member agencies, consumers and economies worldwide. It is an open and democratic platform for discussion that includes also Non-Governmental Advisers (NGAs) to national and multinational competition authorities.

Members meet annually in conferences and workshops to discuss specific projects and their implications for enforcement. The last ICN Annual Conference has been successfully held in Marrakech (Morocco) in April 2014, with a key active role played by African agencies that are progressing at a very quick pace in developing their respective competition regulatory framework and increasing the knowledge by the judiciary on competition matters. The forthcoming one will be organized in Sydney (Australia) in April-May 2015.⁵

Most importantly, the ICN is far from being a rule-maker. Rather, it is a platform aimed at sharing consensus on best practices and recommendation that may then be implemented by two or more antitrust agencies through agreements. Despite its apparent flexibility and non-binding decision making process, it is becoming more and more influential and has proven to be able to achieve concrete results in the short term. It also enables the discussion between agencies of jurisdictions with well established antitrust principles and agencies from developing countries where antitrust tends to be of less importance.

The main products are the result of projects finalized by a number of working groups set up according to the network's priorities. At the moment, five main working groups deal respectively with advocacy, agency effectiveness, cartels, mergers, unilateral conduct. In particular, the Advocacy Working Group (AWG)⁶ advocates the dissemination of competition principles and promotes the development of a competition culture within society. It goes without saying that within the ICN it is the main driver in the debate on how pro-competitive reforms may be successfully carried out to the benefit of all the involved stakeholders. Furthermore, the importance for the network of the work on advocacy is witnessed by the inclusion among the ICN's priorities since its creation in 2001, together with merger control.

A number of tools have been indeed developed to help agencies start or deepen their advocacy journey. It is worth mentioning the Advocacy Toolkit,⁷ a *vademecum* containing important recommendations – amongst others, on agencies' strategic

5. More info on the event at: [www.icn2015.com.au], accessed: 12.10.2014.

6. At: [www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/advocacy.aspx], accessed: 12.10.2014.

7. At: [www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc745.pdf], accessed: 12.10.2014.

and effective communication, media relations and stakeholders' involvement methods, especially through consultation processes – that little by little has become the main benchmark of reference.

The Recommended Practices on Competition Assessment is the most recent output of the AWG that were approved at the 2014 Annual Conference in Marrakech.⁸ The Recommended Practices in particular emphasize the necessity of an on-going competition assessment of a proposed or existing policy that should be carried out through a three-step evaluation assessing respectively the policy's impact on competition, the possible justifications for any competition restriction and the potential less restrictive alternatives to achieve the intended policy goals.

The importance acquired by the AWG is also demonstrated by the fact that ad hoc workshops are held annually starting from 2012, when the first ICN Advocacy Workshop officially kicked-off in Paris, hosted by the French *Autorité de la Concurrence*⁹ that at the time was indeed climbing the international rankings as one of the leading agencies worldwide due to the important results achieved in advocacy, transparency and openness towards its stakeholders.¹⁰

The seeds which were sown during the 2012 Advocacy Workshop germinated one year later in Rome. The Italian Competition Authority held the ICN Advocacy Workshop "Advocacy: a driver for change", which took place in December 2013. During the workshop, discussions and sharing of experiences among ICN member competition agencies and NGAs designated by their respective agencies (above 120 participants from 57 countries) further explored the way advocacy strategies, approaches and tools of competition authorities are able to promote the benefits of competition, encouraging the introduction of pro-competitive reforms and improving liberalization processes, particularly in times of economic crisis.¹¹

8. The Practices include: (i) General Framework for Competition Assessment; (ii) Creating an Enabling Environment for Competition Assessment; (iii) Selecting Policies for Competition Assessment; (iv) Conducting a Competition Assessment; (v) Evaluating the Likely Impact on Competition; (vi) Delivering the Assessment.

9. See programme at: [www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/program_icn_8nov12.pdf], accessed: 12.10.2014.

10. Subscribers of the Global Competition Review (GCR) may see "Rating Enforcement 2013: the annual ranking of the world's top antitrust authorities", at: [www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/GCR.pdf] and [http://globalcompetitionreview.com/rating-enforcement], accessed: 12.10.2014.

11. For a thorough analysis of the Rome Advocacy Workshop and the experience of the Italian Competition Authority in the field of advocacy see "Competition advocacy: the Italian experience", Salvatore Rebecchini (Commissioner, Italian Competition Authority), Italian Antitrust Review, n. 2 (2014), at: [http://iar.agcm.it/article/view/10194/9489], accessed: 12.10.2014.

The workshop's three plenary sessions dealt respectively with: (i) Advocacy as a driver for change; (ii) Facing current challenges: building on the findings; and (iii) ICN as a resource centre for advocacy: lessons learned and future opportunities. A number of eminent speakers highlighted the main issues that agencies should look at to build a solid and effective advocacy approach towards their stakeholders. The core of the discussion investigated how to ensure that competition culture is preserved throughout the policy and law making processes.

In particular, Bruno Lassere (Chairman of the French *Autorité de la concurrence* since 2009), analyzing how advocacy fits into commissioners' mandate as competition enforcers, stressed that the primary responsibility resting on an independent competition agency is to keep emphasizing the benefits of competition. He also observed that in dealing with competition assessment, authorities frequently focus on *ex ante* competition assessment of proposed legislation that helps to prevent unnecessary restrictions to competition. However, *ex post* assessment is also important, requiring that competition authorities define priorities, which are open to public debate.

Lassere also highlighted the role of judges in the dissemination of competition culture. In particular, engaging into a dialogue with the judiciary is likely to foster their inclusiveness in the competition enforcement chain, which in turn is instrumental in ensuring consistency in the implementation of competition law in one's jurisdiction – another factor for competition regulation to be better perceived by the business community and consumers alike.

As highlighted by António Gomes, President of the Portuguese Competition Authority (PCA), the role of competition authorities must go well beyond enforcement, simultaneously exerting “hard power” and “soft power”, advising the government and other public bodies on how to make policies more pro-competitive or less harmful to competition. This is important, especially during difficult economic times when competition has a central role to play in contributing to solid economic recovery and sustained economic growth. Gomes also mentioned the creation of a Special Unit for Competition Assessment of Public Policies within the PCA entrusted to implement a competition impact assessment procedure of public legislative and regulatory activities. In particular, the Special Unit aims to: (i) promote the competition impact assessment of public policies; (ii) follow the impact on competition of legislative initiatives of the Parliament or the Government; (iii) address recommendations to the Government, sector regulatory authorities and other public entities; (iv) diffuse the culture of continuous competitive impact assessment of public policies; and (v) establish relations with national and international institutions, always regarding the competition impact assessment.

Benjamín Contreras Astiazarán, Commissioner of the Mexican Competition Authority stressed the importance of implementing a competition assessment

that reduces the risk of adverse effects from regulation on competition, which was included in the Mexico's Federal Regulatory Impact Assessment (RIA). RIA's competition assessment is designed for the detection of restrictions to competition by non-economist or staff without competition specialization. This mechanism can be used in the general assessment of existing regulations, in the assessment of future regulations and in the development and review of regulations at national or sub-national levels. It contains a general methodology (for detecting unnecessary limitations to competition and finding out alternatives) as well as a checklist (based on the OECD's Competition Assessment Toolkit).¹²

Dimitris Loukas, Vice-Chairman of the Hellenic Competition Commission (HCC), put emphasis on the HCC's strategy based on three main pillars: keeping a consistent level of competition enforcement, despite the financial crisis; strengthening market monitoring actions; diversifying and expanding competition advocacy in order to promote structural reforms in the context of Greece's Economic Adjustment.

According to Salvatore Rebecchini, Commissioner of the Italian Competition Authority (AGCM), explaining the benefits of competition is crucial for advocacy as a driver for change, expressing the advantages of competition as a fuel for growth and a precondition for social upward mobility, especially in times of financial crisis. The message highlighting the expected benefits shall be supported by studies and surveys of international organizations such as the OECD and the World Bank – given successful examples from other sectors with similar competition concerns – and have external support from local academics, think tanks, as well other sources (e.g. blogs). Finally, building a competition culture in public administration and local authorities is considered fundamental, at least according to the Italian experience.

It goes without saying that also NGAs substantially contributed to the sparkling debate in Rome. One for all, Paolo Palmigiano, Chairman of ICLA Europe – In-house Competition Lawyers Association,¹³ regarding the role of the private sector in advocating competition to governments and enhancing competition culture efforts, made clear that both the private bar, in-house lawyers and businesses are key stakeholders for a competition authority. They are at the receiving end of antitrust enforcement and therefore ideally placed to value and appreciate the strengths and weaknesses of competition policy enforcement. A competition authority should therefore engage with them in an appropriate manner.

Finally, the peculiarities of competition advocacy in emerging economies were also stressed by a number of speakers. There are several challenges that should be

12. See below, footnote n. 14.

13. At: [<http://competitionlawyer.co.uk>], accessed: 12.10.2014.

considered for an environmental change such as the use of advocacy to promote liberalization of former state monopolies and regulated sectors and to spread competition culture and knowledge within the judiciary. In jurisdictions that are still in the process of developing their competition legal framework, a proper and effective use of agencies' advocacy function may really make the difference in fostering pro-competitive reforms.¹⁴

The seeds sown in Paris and germinated in Rome bloomed in Balaclava (Mauritius) at the beginning of November when the third Advocacy Workshop "Advocacy: Foundations, Strategies and Assessment" was held.¹⁵ The two-day event focused on how the foundation for advocacy activities in agencies may be successfully established, in particular by prioritizing a number of activities towards the key stakeholders to disseminate competition principles and create solid basis for the enactment of pro-competitive reforms. Moreover, a number of practical suggestions were discussed to develop advocacy strategies and evaluate the effectiveness – in enhancing competition culture – of the agencies' advocacy efforts (the so called "Advocacy Toolbox").

Furthermore, during the Workshop the state of implementation of the projects currently managed by the AWG were also discussed and so the role of NGAs in contributing to the advocacy virtuous cycle.

b. OECD and World Bank

The path undertaken by the ICN has been replicated by other international organizations, in particular the OECD and the World Bank. These have eventually recognized the importance of advocacy in competition promotion and market liberalization embarking on initiatives often hand in hand with the ICN.

The OECD in 2007 has published a Competition Assessment Toolkit,¹⁶ lastly updated in 2010.¹⁷ The intended aim of the Toolkit – available in a number of languages – is to provide governments with practical suggestions on how to identify and remove unnecessary hurdles to competition that go further than necessary. Following a thorough market impact assessment, these may be replaced by alternative less restrictive measures still able to make governments achieve the

14. See, *infra*, the winning stories of the 2013 World Bank/ICN Competition Advocacy Contest.

15. See: [<http://icnadvocacy2014.ccm.mu/English/Pages/default.aspx>], last accessed: 12.10.2014.

16. At: [www.oecd.org/competition/assessment-toolkit.htm], last accessed: 12.10.2014.

17. The latest version of the Toolkit includes a "Competition Checklist" that provides policymakers with indications to identify well in advance potential competition issues in the policy development process.

intended policy objectives. Moreover, the Toolkit may be used to develop new regulatory frameworks on the basis of a more careful consideration of the possible outcomes from the competition point of view. To the benefit of consumers, the industry, the market at large.

Likewise, with a view to foster competitive markets, competitiveness, promote growth and employment, the Investment Climate Department¹⁸ of the World Bank assists governments to develop reforms aimed at improving the environments in which businesses are operating. The implementation of business friendly policies and the effective enforcement of competition laws are both priorities of the Department. The latter, by leveraging on the volume of materials produced by the World Bank Group (beside the services and financing opportunities offered), through researches and diagnostics creates the basis for thoroughly evaluating the investment climate. Moreover, the Department offers a full range of advisory services to support the design and implementation of pro-competitive reforms with a view to further promote investments.

An important project that has seen the collaboration of the ICN and the World Bank Group is the 2013 Competition Advocacy Contest.¹⁹ The main purpose of the contest was to collect and disseminate successful advocacy stories on competition reforms carried out by competition agency from developing and emerging markets as examples on how a culture of competition may be built or promoted in specific markets or sectors.

DEVELOPMENTS AT EU AND NATIONAL LEVEL

a. The European Commission

The role of the European Commission ("EC" or "Commission") in competition law reforms has changed in the last decade importantly. The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU or Treaty) entrusts the EC with the responsibility to enforce competition rules, namely arts. 101 and 102 of the TFEU. It represents an integrated public authority with investigation powers that may order bringing infringements to an end and impose sanctions.

Furthermore, the results of the advocacy function of the Commission, given the key role played at European level, have been impressive. In a number of cases it has managed to positively influence the implementation of competition reforms also in jurisdictions located beside the European borders, its initiatives being an important point of reference especially for newer agencies. The important achievements and

18. See: [www.wbginvestmentclimate.org/index.cfm], last accessed: 12.10.2014.

19. At: [www.wbginvestmentclimate.org/advisory-services/cross-cutting-issues/competition-policy/winners-2013-competition-advocacy-contest.cfm], last accessed: 12.10.2014.

the leading role acquired make it surely deserve the inclusion in the “Elite” category of the Global Competition Review (GCR) Rating Enforcement.²⁰

A current example of the Commission’s advocacy function is provided by the Report on the functioning of Regulation 1/2003²¹ and its accompanying Staff Working Paper. In the Report the EC attempts to assess how modernization of the EC antitrust enforcement rules has worked during the ten years, reaching a number of conclusions, among others, on the importance for the National Competition Authorities (NCAs) to maintain a high level of independence. According to the Staff Working Paper, in order to ensure effective enforcement of the EU competition rules, it is generally accepted that NCAs should be independent when exercising their functions. Independence means that the authority’s decisions are free from external influence and based on the application and interpretation of the competition rules relying on legal and economic arguments. The desired inclusion of this rule into legislative framework also illustrates the advocacy role of the EC in terms of influencing the independence of NCAs.

One of the most important platforms for the Commission (and NCAs) to advocate pro-competitive reforms at EU level is the European Competition Network (ECN), established, in fact, as a consequence of entry into force of Regulation 1/2003. The ECN was intended to promote discussion and cooperation of NCAs to ensure an efficient division of work and an effective and consistent application of EC competition rules. At ECN level the NCAs discuss issues of common interest so that a continual dialogue between the different enforcers is assured to achieve a highly harmonized – if not common – competition culture approach. Consultation and cooperation tools have been introduced to ensure the effective and coherent application of the common competition rules, including individual cases issues and solutions provided therein.

Among others, the ECN Leniency Model Program²² was adopted. The ECN has also endorsed recommendations on key investigative and decision-making powers. In addition, it is worth mentioning that cooperation within ECN goes beyond the application in close cooperation of arts. 81 and 82 of the Treaty. That is witnessed

20. See above, footnote 9.

21. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – (SEC(2009)574)/COM/2009/0206 final/, Commission Staff Working Document SWD (2014) 230 – Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003 (SWD(2014) 230/2, 9.7.2014), Commission Staff Working Document SWD (2014) 231 – Enhancing competition enforcement by the Member States’ competition authorities: institutional and procedural issues (SWD(2014) 231/2, 9.7.2014), available at: [<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/regulations.html>], last accessed: 12.10.2014.

22. At: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/index_en.html], accessed: 12.10.2014.

by the setting up of a Merger Working Group to foster increased consistency, convergence and cooperation among EU merger control frameworks.

As far as antitrust compliance is concerned, the EC's advocacy function has been effective in disseminating, also within the ECN, key competition rules and methods that companies should respect to ensure compliance with EU competition rules, for instance through the recent brochure "Compliance matters"²³ that aims to assist companies in successfully developing a proactive compliance strategy. However, as far as the evaluation of compliance efforts by companies in antitrust is concerned, more and more NCAs are indeed looking at the British experience (Competition Market Authority, formerly Office of Fair Trading) in the field – positively recognizing the industry's efforts in compliance, e.g. with fines' reduction – rather than the granitic position of neutrality affirmed by the EC. The interaction between advocacy and compliance will be further analyzed below.

Within the European Commission, the Directorate General for Competition (DG COMP) plays the key role in antitrust enforcement and is also particularly active in influencing other Directorates in order to integrate competition and consumer protection principles in other policies (a form of "internal advocacy"). Recent examples include sectors such as telecommunication, transport or financial services, e.g. the recently finalized reform of roaming rates initiated by Ms. Viviane Reding, from 2004 to 2010 Commissioner responsible for Information Society and Media and further continued by Ms. Neelie Kroes – between 2010 and 2014 Commissioner for Digital Agenda (former Commissioner for Competition). As a result the EC, among others, set a wholesale and retail caps on the roaming rates for the services within EU as well as implemented a number of structural measures, leading in particular to mandatory access obligation and freedom to switch retail roaming provider.

Another illustration of DG COMP's "internal advocacy" function is the recent study on "The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector" as a result of the assessment initiated to evaluate the impact of recent developments in the European retail sector on consumers. This study is the result of calls by stakeholders on increased concentration of retailers/food manufacturers and other factors (such as shop type/size, private label success, socio-demographic characteristics) that seem to influence choice and innovation in the European food supply chain.²⁴

Alongside the Commission's traditional – "physiological" – role as investigator and enforcer deriving from Treaty's provisions (beside that of advocate of reforms

23. [http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf], accessed: 12.10.2014.

24. The study, published in September 2014, is available at: [<http://ec.europa.eu/competition/publications/KD0214955ENN.pdf>], accessed: 12.10.2014.

vis-à-vis the Parliament and the Council), a new skin has been little by little forming possibly as a result of the need to speedily react to the recent market trends.

The Commission approach to encourage initiatives of self-regulation by the industry well represented, in particular, by Charlie McCreevy – European Commissioner for Internal Market and Services between 2004 and 2010 and serious supporter of free-market economics – has been criticized by many for failing to regulate earlier in the financial services area and contributing to the Eurozone crisis in 2010. Likewise, Neelie Kroes – Competition Commissioner during the same years – made use of its enforcement powers to curb anticompetitive behavior whenever required, in so doing following the path traced by her predecessor Mario Monti. However, no attempts to proactively regulate market forces (competition, in other words) had been seen, at least until the beginning of the financial crisis required exceptional state aid regimes to be enacted.

The beginning of the crisis prepared the path for a sudden switch of the Commission from purely antitrust-based approach to regulatory intervention. The reasoning is quite straightforward: if market behavior (allegedly) seems to have contributed to the crisis rather than alleviate its effects, then the Commission is entitled to react at regulatory level, at least in the most sensitive sectors. Indeed, in a number of instances specific individual cases are the background for legislative action provided that the Commission finds that there are market failures.²⁵

Examples include the energy market²⁶ and the pharmaceuticals sector²⁷ and, most importantly, the developments of the case law and debate in the field of payment cards. The 11.09.2014 Court of Justice's MasterCard ruling²⁸ and the so called MIF Regulation²⁹ clearly brought to light the EC's newly acquired role as regulator that complements that of pure antitrust enforcer. The sparkling debate surrounding this judgment and the new approach adopted towards regulation

25. G.Orton, *When Lobbying DG COMP Makes Sense: European Competition Officials are Policy-Makers as well as Regulators*, available at: [www.cliffordchance.com/briefings/2011/11/when_lobbying_dgcompmakesenseeuropeancompetitionofficialsarepol.html], accessed: 12.10.2014.

26. See Third package for Electricity & Gas markets, at: [http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/legislation/third_legislative_package_en.htm], accessed: 12.10.2014.

27. See the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council relating to the transparency of measures regulating the prices of medicinal products for human use and their inclusion in the scope of public health insurance systems, Brussels, COM(2012) 84 final, 2012/0035 (COD) at: [http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/healthcare/files/docs/transpadir_finalprop01032012_en.pdf], accessed: 12.10.2014.

28. Case C-382/12, MasterCard and Others v. European Commission.

29. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on interchange fees for card based payment transactions, COM (2013) 550.

would deserve an article themselves, and so the role of competition agencies from purely administrative authorities to criminal prosecutors in light of recent developments at EU level.³⁰

Let's now see if the newly appointed European Commission and, in particular, the new Commissioner for Competition Margrethe Vestager will further develop the latest trends. According to the initial guidelines indicated by President Jean-Claude Juncker³¹ and the points made by the Commissioner during the hearings held before the European Parliament, surely the collaboration with (and advocacy towards) the other DGs will have to be further deepened. Moreover, "Maintaining and strengthening the Commission's reputation world-wide and promoting international cooperation in this area" will have to be one of Margrethe Vestager's focal points of action.

Will DG COMP manage to further develop its leading role on the international scenario?

b. Brazil and South America

Moving to the developments of the role of competition authorities in South America, their growing position in the international scenario should be first recognized.

It might be that these agencies have in a few years acquired the experience of well established North American as well as European authorities, due to the fact that these countries are considered one of the new frontiers for investments – for instance, as a result of the experience gained in assessing a considerable number of M&A transactions in a short period or in evaluating repeated attempts to stiff and make the most of highly profitable markets by a few players. At the same time,

30. See the European Court of Human Rights (ECHR)'s judgment in *A. Menarini Diagnostics v. Italy* no. 43509/08 of 27.09.2011, relating to a penalty imposed by the Italian competition authority for anti-competitive practices. In particular, the ECHR considered that, because of the severity of the fine imposed, the latter fell within the criminal sphere. However, it also indicated that entrusting the prosecution and punishment of breaches of the competition rules to administrative authorities is not inconsistent in so far as the person concerned has an opportunity to challenge any decision made against him before a tribunal that offers the guarantees provided for in art. 6 of the ECHR. In this respect, the question of the separation of powers applicable to criminal proceedings and its influence on the carried proceedings in the light of the ECHR case law, was raised in a case concerning imposition of fines on a number of elevators producers including the Schindler Group. See judgment of the General Court of the European Union of 13.07.2011 in Case T-138/07 Schindler Holding and Others v. Commission [2011] ECR II-0000.

31. See President Juncker's 10 September letter to Margrethe Vestager at: [http://ec.europa.eu/about/juncker-commission/docs/vestager_en.pdf], accessed: 12.10.2014.

it might be that looking at the results achieved in more mature jurisdictions, they have benefited of a consolidated knowledge to be taken as a basis and developed at a quicker pace.

Whatever the reason might be the truth is that in South America, currently, the development of antitrust – including the advocacy function in this field –³² has been a reality in most of its countries.

This section will focus on Brazil, Chile, and Argentina but other countries – Colombia, Peru and Venezuela – deserve some comments too.³³

Brazil

Competition advocacy in Brazil has increased since 2000, due to the substantial investments undertaken by the Brazilian Administrative Council of Economic Defense (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade*). Amongst the initiatives aimed at increasing the diffusion of antitrust culture and transparency of Cade's activity, the following should be mentioned:

- the broadcasting of all trials live in its website;
- the publishing of the decisions and the public versions of documents of cases on Cade's website as well as informative materials (on a number of subjects, e.g. cartel, leniency programs) in a comprehensive language to increase knowledge and understanding among people;³⁴
- the organization and attendance by Cade of a number of conferences around Brazil to spread the culture of fair competition, including the Anti-Cartel Enforcement Day;

32. See the OECD "Follow-up to the Nine Peer Reviews of Competition Law and Policy of Latin American Countries (2012)", published in July 2013, containing a review of Brazil and other eight south American countries also on the impact of the authorities work on pro-competitive regulatory reforms, at: [www.oecd.org/daf/competition/2012Follow-upNinePeer%20Review_en.pdf], accessed: 12.10.2014.

33. It should be also recalled, as far as South America is concerned, that the Protocol on Competition of Mercosur (Mercosul), signed in the city of Fortaleza (Brazil), in December 17, 1996 (Decision n. 18/96), known as Fortaleza Protocol, was enacted with a view to homogeneously increase the defense of competition within Mercosur internal market (Argentina, Brazil, Paraguay, Uruguay and Venezuela). Its rules were meant to be applied to acts performed by individuals or legal persons governed by public or private law or other entities whose purpose is to harm competition within Mercosur and affecting trade between these countries. However, the Fortaleza Protocol was never applied, remaining the antitrust legal framework individually crafted by each of the States Parties.

34. A comic book for children was also published featuring very popular characters in a plot about the so called lemonade cartel. Moreover, Cade publishes every six months an Antitrust Magazine and, periodically, statistic data on-line.

- the issuance – by the Public Relations Unit – of Cade's most important decisions in Portuguese and in English, strengthening relations with national and international press.

It is also important to notice that the 2011 Brazilian Competition Law (Law 12.529/2011, effective from May 2012) implemented the Brazilian Competition System (*Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência* – SBDC) comprised of Cade and of the Economic Supervision Office of the Ministry of Finance (*Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda* – Seae). According to the Law, Seae's main task is to promote competition before government agencies and before civil society.

On a different side, following Law 12.529/2011 a pre-merger control system was adopted. The latter meant a huge change for the business community and for the work developed by Cade. The average process time of a merger considered simple (fast-track proceeding) takes in fact now less than 30 days. On the other hand, Cade's efforts against anticompetitive conduct practices (cartels and unilateral conducts) are still considered too slow and have to be improved as the number of new cases is expected to further increase.

On the international scenario, Cade has been nominated Vice-co-Chair of the ICN. Furthermore, according to the Global Competition Review (GCR) Rating Enforcement 2014,³⁵ where Cade is ranked four stars (very good) “2013 presented consistent results after the legislative changes and showed that Cade is improving and being recognized as one of the top competition agencies worldwide”.

Chile

Chile's National Economic Prosecutor's Office (*Fiscalia Nacional Económica* – FNE) managed to successfully advocate and implement in 2012 a number of structural and procedural reforms as the creation of the new mergers research division and internal guidelines aimed at fast-tracking merger approvals. The voluntary pre-notification of mergers introduced by the Chile's competition law will lead companies to notify FNE to avoid the unnecessary risk of a delay in their mergers. However, due to the fact that presently the delay in merger's clearance can take up to two years, some changes in the merger control regime are expected by the end of 2014 to introduce mandatory clearance of specific mergers.

Furthermore, the FNE's work against cartels and unilateral conduct has been positively evaluated by practitioners and endorsed by Chile's courts. The Global Competition Review Rating Enforcement 2014³⁶ makes clear that “In all, 2013 was

35. See above, footnote 9.

36. See above, footnote 9.

not only a successful year in terms of results but an important year for the Chilean competition system as a whole". FNE is ranked two and a half stars (fair).

Argentina

Despite the fact that the Argentinean Antitrust Law has been issued back in 1999, setting out the creation of the National Tribunal for the Defense of Competition within the scope of the Ministry of Economy – the antitrust regulator in Argentina – as of today the Tribunal has not yet been created. The National Commission of the Defense of Competition is today in charge of technical reviews and investigations of mergers and issues advocacy recommendations to the Secretary of Domestic Trade of the Ministry of Economy which is considered the body that decides antitrust matters in Argentina.

The performance of the National Commission is considered very slow, in particular as regards the analysis of merger control cases. It should be considered in fact that in Argentina any economic concentration in which the aggregate volume of business activity generated by the companies involved in the transaction exceeds approximately USD 24 million requires the clearance of the National Commission.

As a result, it is very likely that in the following years the stakeholders – many of which are multinational energy companies – will engage in a hopefully constructive dialogue to improve the present system to foster competition in the market through a number of reforms.

Colombia, Peru and Venezuela

In Colombia, the Superintendence of Industry and Commerce (SIC) is the authority in charge of enforcing the merger control regulations. SIC's main concerns are the unilateral effects and the coordinated effects that result from a merger considering the benefits to consumers. The notification of a merger is compulsory if the jurisdictional thresholds are met, i.e. if the business activities or the participation of the undertakings in the same vertical value chain, combining gross assets or operational turnover exceeding approximately EUR 23 million/ USD 33 million and in a single or combined market share exceeds 20% of the relevant market. The SIC's advocacy activity is developing – as the competition legal framework as a whole.

Peru has been able to undertake a number of initiatives aimed to spread competition and a consumer protection culture. Moreover, it has established a multidisciplinary agency called Indecopi (*Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual*) despite facing economic bottlenecks in the 1990s and the first decade of 2000. According to a document issued in 2005 following the Competition and Consumer Protection for Latin

America (Compal) Programme, for Peru “It is crucial to promote competition in coordination with non-governmental organizations or associations that have the necessary means to ensure the self-sustainability of these activities”.³⁷ The programme, supported by the UNCTAD, technically assists Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Dominican Republic, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Peru and Uruguay in strengthening their capacities and institutions in the areas of competition and consumer protection laws and policies.

In Venezuela, where the National Assembly is presently discussing the new Competition Law, the *Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia)*, an autonomous agency under the Ministry of Commerce, is the authority responsible to enforce the Competition Law and the Merger Regulation. The notification process of mergers is voluntary even if a transaction meets the jurisdictional threshold, which means that the aggregate value of sales in Venezuela exceeds approximately USD 3 million. Procompetencia, however, within the first year after the closing can investigate its impact on the market. As highlighted in relation to the Colombian SIC, Procompetencia's advocacy activity is still in the process of being developed, as the competition legal framework in its entirety.

As noticed in the paragraphs above, South America (at least the countries that have been evaluated) somehow is improving the diffusion of competition culture, specifically on merger control. However, tone from the top seems still to be lacking. As some have commented “competition law will not be broadly accepted or fully enforced unless key leaders in government have adopted market principles as the underpinning of economic development”.³⁸

c. Poland

The Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKIK) is the Polish Competition Authority, supervising the application of the Act for the Competition and Consumer Protection. It was established as Antimonopoly Office at the very beginning of the Polish transformation in 1990 and the changes in its role illustrate the progressive development of the country's economy. The de-monopolization was indicated as one of its priorities.

37. See “Compal Programme: Strengthening Institutions and Capacities in the area of Competition and Consumer Protection Policies in Latin America: Cases of Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua and Peru” United Nations, 2005, p. 53, at: [http://unctad.org/en/Docs/ditccplp20043_en.pdf], accessed: 12.10.2014.

38. See JOEKES, Susan; EVANS, Phil. *Competition and Development: the power of competitive markets*. Ottawa: IDRC, 2008, p. ix.

After 2000, and especially after the Polish accession to the EU in 2004, it became increasingly important to foster competition in the infrastructure sectors (particularly in the telecommunication, energy and air transport ones) and combat unilateral conduct practices.

In March 2014, the new Chairman of UOKIK Mr. Adam Jasser was quite unexpectedly appointed by the Polish Prime Minister Donald Tusk. There is a question whether Poland may expect revolution or evolution of its antitrust, state aid and consumer protection policy.

During 2013, UOKIK has been quite active.³⁹ The statistics show that great focus was put by the Authority on cases concerning vertical agreements when compared to cases on horizontal ones. Still, the major interest for the Authority remains unilateral conduct cases. The small number of decisions issued in horizontal cases shows that the Authority is less focused on them. It will be interesting to see whether under the new Chairman this trend will be confirmed, although it is doubtful since only a few antitrust proceedings were started until October 2014.

UOKIK is also responsible for consumer protection and so far has been very active in this area. This policy is expected to be maintained since the new Chairman has already announced publicly that the major focus for the Authority would be consumer protection.⁴⁰ This change in the policy is also illustrated by the new name of the Consumer Department, which is now called Department of Consumers Interest Protection (formerly Consumer Policy Department).

Among other activities of UOKIK it is important to mention, as far as the advocacy function is concerned, that the Authority substantially intervenes in the legislative process including areas such as renewable or refundable pharmaceuticals. In particular, it recently took part in the discussion focused on whether the local competition legal framework should also apply to the activity of the National Health Fund Organization.

Furthermore, UOKIK very recently promoted a revision of the Act on Competition and Consumer Protection that will enter into force on 18.01.2015. The most important changes include a new two-step procedure for the control of concentrations, changes in the leniency application procedure, negotiation of remedies, fines for individuals. A number of these changes have been carried out following the input put forward by a number of stakeholders, which demonstrates a changing attitude of the UOKIK to take into account suggestions received by the industry.

39. The Report of the UOKIK activity in 2013 [www.uokik.gov.pl/sprawozdania_z_dzialalnosci_urzedu.php], accessed: 12.10.2012.

40. See "Interview with Adam Jasser at Dziennik Gazeta Prawna", [<http://serwis.gazetaprawna.pl/poradnik-konsumenta/artykuly/795934.jasser-potrzebna-siec-na-rzecz-konkurencji.html>], accessed: 12.10.2012.

d. Italy

The advocacy function of the Italian Competition Authority (ICA) has seen important developments starting from the end of 2011. The reasons are twofold.

The first reason is connected to the fact that in November 2011 Mario Monti was sworn in as Prime Minister of Italy. Due to his successful past experience and strong reputation gained as European Competition Commissioner from September 1999 to October 2004, amongst others,⁴¹ Super Mario Monti – so nicknamed by the press following the important results achieved –⁴² was expected by the public opinion to devote much effort in promoting growth and restoring market confidence in Italy through an ambitious set of pro-competitive reforms. And he did, in fact, obtaining immediate positive feedbacks,⁴³ despite his mandate will be remembered by many for the austerity measures implemented in the wake of the Italian debt crisis.

A few days after the appointment of Monti as Italy Prime Minister, the current Chairman of the ICA, Giovanni Pitruzzella, started his term while his predecessor – Antonio Catricalà – joined the Government following his appointment as State Undersecretary to the Presidency of the Council of Ministers. In such a difficult moment for Italy, the fact that Monti and Pitruzzella commenced their mandate in parallel surely helped. The ICA and the new Government were given the possibility to work from scratch, jointly (together with the other stakeholders), on strategies that then resulted in well designed reforms to enhance the country's competitiveness and reputation.

Most importantly, it certainly assisted Pitruzzella the possibility to negotiate reforms with a counterpart (Monti, beside Catricalà) that is very sensitive about competition issues, holds a long-lasting experience in this field and may rely on a consolidated network of competition professional worldwide.

Between November 2011 and April 2013 – when Mario Monti then resigned as Prime Minister – a number of legislative amendments were enacted that introduced

41. Between 1994 and 1999 Mario Monti was responsible as a European Commissioner for Internal Market, Financial Services and Financial Integration, Customs and Taxation.

42. Amongst others, "Who is Italy's 'Super Mario' Monti?" by Laura Smith-Spark, CNN, 04.11.2011, at: [<http://edition.cnn.com/2011/11/11/world/europe/italy-mario-monti-profile/index.html>], accessed: 12.10.2014; "Mario Monti: profile of Super Mario" by Nick Squires, The Telegraph, 10.11.2011, at: [www.telegraph.co.uk/news/worldnews/silvio-berlusconi/8881761/Mario-Monti-profile-of-Super-Mario.html], accessed: 12.10.2014.

43. "Italy has embarked on an ambitious, much needed reform programme to strengthen its public finances, to restore growth and to improve the competitiveness of the Italian economy. (...) The reform programme is well designed and comprehensive. (...)", Statement by OECD's Gurria after meeting Italian Prime Minister Mario Monti, 06.11.2012, at: [www.oecd.org/italy/statementbyoecdsgurriaaftermeetingitalianprimeministermariomonti.htm], accessed: 12.10.2014.

important changes to the Italian antitrust law and granted new functions and powers to the ICA.⁴⁴ Among others, the creation of new business law specialized courts' sections for antitrust litigation (*Tribunali delle Imprese*); the granting of new tasks assigned to the ICA concerning the administrative protection against unfair terms in business-to-consumers contracts and against misleading and/or aggressive conducts causing damages to micro-enterprises; the introduction of the prohibition of interlocking directorates in the credit, insurance and financial services markets.

Furthermore, important amendments were also passed in relation to the ICA's powers of advocacy. First of all, according to the new provisions, the government is required to obtain the competition authority's mandatory prior opinion on regulations that introduce restrictions on access to and exercise of economic activities. Also, the mandatory prior opinion is necessary with regard to government regulations to be adopted in order to give effect to the liberalization and simplification standards.

Moreover, the ICA is entitled to appeal against general administrative acts, regulations and provisions of any public administration that lead to violations of provisions for the protection of competition. In addition, the authority, when it considers that a public administration has infringed competition rules, may issue a reasoned opinion within a given timeframe. If the administration does not comply with the opinion within 60 days, the ICA may propose appeal before the competent administrative court.

The second reason lies in the important developments of the ICA's advocacy function under the Pitruzzella mandate, as a result of the substantial investments undertaken by its Chairman from the very beginning and in line with his expectations.⁴⁵ The latter devoted much efforts in enhancing the credibility and accountability of the agency, explaining the benefits of competition to the public opinion, further develop its role on the international scenario. The ICA is now perceived as an agency characterized by an open-door approach. It managed to

44. See in particular Law Decree n. 201 of 06.12.2011 (so called "Salva Italia" Decree), Law Decree n. 1 of 24.01.2012 (so called "Cresci Italia" Decree) and the Law Decree n. 5 of 09.02.2012 (so called "Semplifica Italia" Decree). For a thorough analysis of these pieces of legislation see the OECD Review "Better Regulation in Europe: Italy 2012", at: [www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/better-regulation-in-europe-italy-2012_9789264204454-en#page1], accessed: 12.10.2014.

45. See "An interview with Giovanni Pitruzzella", Global Competition Review (GCR), vol. 16, issue 1 Dec.-Jan. 2012, p. 6, at: [www.agcm.it/component/joomdoc/doc_download/3591-grc-interview2012.html], accessed: 12.10.2014 "(...) Another thing I really care about for my country is promoting a competition culture. Much has been done by the authority, but much remains to be done to promote the knowledge of antitrust rules (...) That's why I greatly strengthened our advocacy. Our legislative proposals to open up markets have been followed by the government".

further enhance transparency of its activity and the interaction with the various stakeholders, basing it upon an on-going constructive debate.

Due to the progress made in the last three years as regards the advocacy function – with a primary role played by the ICA's Directorate for European and International Affairs – the Italian authority is now co-chairing the Advocacy Working Group within the ICN and represents without doubt a model for younger agencies to be replicated.

COMPETITION LAW REFORMS AND ANTITRUST COMPLIANCE

Antitrust compliance is being recognized more and more as an effective advocacy tool in the hands of agencies to spread compliance culture amongst enterprises.⁴⁶

Indeed, the substantial investments of companies in antitrust compliance and the increased dialogue and exchange with competition authorities on the matter, has led a number of agencies to reform the applicable legal framework to discipline and encourage the adoption of compliance programs. In particular, at EU level, the European Commission, has recently issued "Compliance Matters", a brochure aimed to inform stakeholders at any level about the Commission's approach towards antitrust compliance as well as the methods and principles that it considers important to ensure on-going respect of EU competition rules.

The brochure is actually available in the recently opened compliance section of the DG COMP web site⁴⁷ that may be considered an important milestone itself. The section contains in fact a number of sources of information on the matter, including reference materials also from business organization and national competition authorities. A demonstration of the importance for the Commission to promote the use of platforms where the interested parties may exchange views on such an important topic, making the debate progress.

As mentioned, also the industry proactively embarked in a number of initiatives aimed to promote compliance that delivered unexpected results, often being considered points of reference by the agencies themselves.⁴⁸ Moreover, it is likely

46. "(...) The advocacy function is also increasingly addressed to undertakings, with the aim of enhancing their awareness of antitrust misconducts and improve compliance. The adoption of formal antitrust compliance programs is promoted and actively encouraged by many competition authorities", see above, footnote 10, "*Competition advocacy: the Italian experience*", Salvatore Rebecchini, Italian Antitrust Review, n. 2 (2014), p. 17-18, at: [<http://iar.agcm.it/article/view/10194/9489>], accessed: 12.10.2014.

47. At: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/index_en.html], accessed: 12.10.2014.

48. See in particular the International Chamber of Commerce (ICC) "Antitrust Compliance Toolkit", launched on 22.04.2013 at the 5th ICC Roundtable on Competition Policy

that further developments in this regard will be seen in the near future due to additional initiatives undertaken at both agency and industry levels.

One of the topics that it is likely to be pivotal in the next months is the diffusion of competition culture amongst small and medium sized enterprises (SMEs). These often lack financial and human resources to invest in competition compliance, beside a rather diffused perception that antitrust laws are not applicable to entities that individually detain a negligible market power. There are a number of important economies world-wide that are based on SMEs. As a result the diffusion of antitrust culture at this niveau is of utmost importance to increase ethical standards in antitrust at global level.

These positive developments, demonstrating the growing importance taken on by compliance programs world-wide, are the results of the advocacy efforts put forth by both agencies and companies with one another through an interactive process. The added value of these initiatives – far from being a purely internal exercise – positively affects market behavior by promoting ethical conducts and produce concrete results for societies.

CONCLUSION

Interventionism, interaction and cooperation are likely to be the words that better describe the role that will be played by competition authorities in advocating pro-competitive reforms in the near future.

On the one side, the recent economic downturn, in particular, has somehow convinced antitrust agencies that market inefficiencies should be anticipated and prevented through a more intrusive participation in the (*ex ante*) regulation of market dynamics, and not only through the (*ex-post*) enforcement activity. Moreover, merely relying on self-regulation initiatives undertaken jointly by market players seems to have proven to give little results.

On the other side, market inefficiencies may not be properly assessed and corrected through reforms developed and implemented by the agencies individually, based on the parameters usually applied in each jurisdiction. The crisis hit the competition agencies themselves that have to deal with an increased number of cases – often with supranational effects – employing the same financial and human resources and therefore striving to maintain, at the same time, a high level of credibility and independence.

in Warsaw (Poland) [www.iccwbo.org/Data/Policies/2013/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit-ENGLISH], accessed: 12.10.2014. For a thorough analysis of the latest initiatives in antitrust compliance see also Simone Pieri, Jacques Mosciandese, and Irene de Angelis "In-house Compliance of EU Competition Rules in Practice", *Jeclap – Journal of European Competition Law and Practice*, 07.07.2014.

Markets are global and so businesses that are more and more active on a multinational basis. If agencies intend to effectively cope with cartels, unilateral conduct cases and mergers that may have an anti-competitive impact on markets, they need to share information, enhance interaction and collaboration. They also need to join the forces. However, not only at antitrust agencies' level, globally, which should be taken for granted. Rather by interacting and cooperating with all the parties that may gain a benefit from competition: governments, parliaments, courts, organizations, the industry, consumers.

Only reforms that are the result of a mutual exchange of views – at national and supranational level – and take into consideration the interested parties' perspectives will be likely to be workable in practice and succeed in delivering positive results. For these reasons competition advocacy is likely to be confirmed in the near future as the most important driver for change.

As it was mentioned in the OECD 2011 Roundtable on promoting compliance with competition law “competition compliance should rest on two pillars: competition law enforcement and competition value creation”.⁴⁹ However, it is impossible to effectively spread competition culture without active participation of stakeholders. Compliance will not replace enforcement, however can complement it in an efficient way.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- II Seminário Internacional de Direito da Concorrência, de Sem Autor – *RIBRAC* 3/6 (DTR\2011\4822), e
- Painel II O controle dos atos de concentração segundo as melhores práticas internacionais, de Mauro Grinberg, William Blumenthal, William Rowley, Michael Reynolds, Cláudio Considera e Ronaldo Porto Macedo – *RIBRAC* 10/89 (DTR\2011\5095).

49. See the OECD Report at: [www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf], accessed: 12.10.2014.

Concorrência e Regulação

UMA NOVA PERSPECTIVA SOBRE DESREGULAÇÃO FINANCEIRA, CONCORRÊNCIA E ESTABILIDADE

IVAN CÉSAR RIBEIRO

Doutor em direito e mestre em economia de empresas pela USP. *Master of Laws* (LL. M) pela Yale University. Professor de Métodos Quantitativos, Direito e Políticas Públicas na Unifesp. Professor da Pós-Graduação *lato sensu* da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (GV Law) e do MBA da Fundação Instituto de Administração (FIA).

ÁREA DO DIREITO: Bancário; Financeiro e Econômico; Internacional; Concorrencial

RESUMO: A desregulação na área financeira não se resume a retirada de normas, na verdade pode ser mais bem definida como a substituição de regras que limitam a concorrência por outras com foco nas condições de solvência, liquidez e nos incentivos aos agentes. Essa tendência pode ser localizada já no início dos anos 70, e resulta em um mercado mais fragmentado, com instituições especializadas, ágeis e estáveis, na contramão do que se observa no mercado brasileiro. Para construir esse panorama da indústria, o presente artigo percorre a evolução da regulação e a modernização do setor, realçando os fenômenos da desintermediação, do desmembramento de funções e da crescente especialização e concorrência em nichos. Também se examinam as condições da concorrência e os reflexos da regulação e da competição sobre a estabilidade financeira.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação Financeira – Concorrência Bancária – Estabilidade Financeira – Modernização da Indústria Financeira – Desintermediação e Especialização.

ABSTRACT: Financial deregulation is not only the reduction of rules, but more and foremost the substitution of rules that curb competition by new ones that focuses on solvability, liquidity and incentives for market agents. These trends in regulatory policy could be traced back to the 70's, and result in a more fragmented market, with specialized, agile and stable financial firms. This is the opposite of what one can see in Brazil today. In order to present these arguments, this research piece starts with a narrative of the regulation and modernization in the financial sector, with emphasis on such phenomena as disintermediation, unpacking of financial tasks, growing specialization of agents and fierce niche competition. It also examines the effects of regulation and competition over financial stability.

KEYWORDS: Financial Regulation – Bank Competition – Financial Stability – Modernization of Financial Industry – Disintermediation and Specialization.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Desregulação e modernização: 2.1 Desmembramento de funções e a especialização; 2.2 Desregulação e aumento da competição; 2.3 Desintermediação; 2.4 A modernização dos bancos – 3. Concorrência bancária: 3.1 Evidência empírica sobre a concorrência; 3.2 A concorrência bancária no Brasil – 4. Concorrência e estabilidade – 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

A lógica subjacente à desregulação financeira em diversas partes do mundo pode ser exemplificada pela abordagem da *Financial Services Authority* do Reino

Unido.¹ A regulação, segundo o documento que estabeleceu os princípios que guiarão a sua atuação, deve permitir a competição saudável na indústria, favorecendo também a inovação.² O órgão salienta inclusive que um ambiente regulatório bem desenhado não precisa evitar todas as quebras bancárias.³

J. M. P. de Mello expressa ponto de vista similar. Ao examinar as interações entre estrutura, concorrência e estabilidade, recusa a chamada troca (*trade off*) entre competição e estabilidade. O autor sugere que o regulador deve favorecer a concorrência, fazendo as instituições financeiras internalizarem o risco através da regulação prudencial, em especial através da elevação dos quesitos de capital.⁴ De forma semelhante, K. Matthews e J. Thompson, comentando a abordagem do Reino Unido para a regulação, sugerem que “[t]he philosophy of current UK regulation is to allow for healthy competition in banking while improving prudential discipline through capitalization”.⁵

A remoção de barreiras pode ser observada em diversos outros países, com uma maior ênfase na desregulação a partir da década de 80. Nos Estados Unidos, o *Depository Institutions Deregulation and Monetary Control Act*, (DIDMCA), assinado pelo presidente Jimmy Carter, banuiu as limitações ao pagamento de juros em contas de depósito à vista, autorizou fusões entre bancos e autorizou a oferta de contas do tipo NOW⁶ em todo o país. Por certo, o DIDMCA foi promulgado em socorro das já insolventes instituições de poupança e empréstimos, levando a uma crise de proporções muito maiores no início dos anos 90.⁷

1. A FSA é a reguladora única da indústria de serviços financeiros do Reino Unido por força do *Financial Services and Markets Bill*, que ampliou o escopo de atuação originalmente estabelecido para a agência quando da sua criação em 1997.
2. Financial Services Authority, *A new regulator for the new millennium*, janeiro de 2000, acessado em [www.fsa.gov.uk/pubs/policy/p29.pdf], consulta em 12.11.2011, p. 6, dizendo que “The FSA will aim to maintain a regime which ensures as low an incidence of failure of regulated firms and markets (especially failures which would have a material impact on public confidence and market soundness) as is consistent with the maintenance of competition and innovation in the markets. This in turn requires careful evaluation of the probability of any collapse, and its likely impact on the financial system”.
3. Idem, p. 7. “Maintaining market confidence therefore does not, in the view of the FSA, imply aiming to prevent all collapses, or lapses in conduct, in the financial system”.
4. DE MELLO, João M. P. *Estrutura, Concentração e estabilidade*. In GARCIA, Márcio; GIAMBIAGI, Fabio. *Risco e regulação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 111-123, especialmente nas conclusões, p. 121-122.
5. MATTHEWS, Kent; THOMPSON, John; *The Economics of Banking*. 2. ed. Chichester: John Wiley & Sons, 2008. p. 195.
6. Negotiable Order of Withdrawal.
7. Trata-se da *savings and loan crisis*. Veja a respeito CALAVITA, Kitty; PONTELL, Henry N.; TILLMAN, Robert H.; *Big money crime: fraud and politics in the savings and loan crisis*. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, Paperback Edition, 1999, e também BARTH, James R.; TRIMBATH, Susanne; YAGO, Glenn; *The savings and loan crisis: lessons from a regulatory failure*. Santa Monica, CA: Milken Institute, 2004. p. 392.

A desregulação, entretanto, não deve ser entendida apenas como a remoção de normas e a concessão de liberdade ilimitada aos entes regulados. Como se depreende da posição inicial da FSA, a desregulação deve ser entendida muito mais como um processo de substituição de normas limitadoras da concorrência por normas que tenham um foco maior nas condições de solvência, de liquidez e nos incentivos aos agentes.⁸ É uma ferramenta para a intervenção do Estado no setor financeiro, e para melhor compreendê-la, a discussão será desdobrada nas seções seguintes em três tópicos:

- A relação entre a desregulação e modernização da indústria;
- As condições da concorrência no setor; e
- Os reflexos tanto da regulação quanto da competição sobre a estabilidade financeira.

2. DESREGULAÇÃO E MODERNIZAÇÃO

Fala-se em uma redução da participação dos bancos na atividade de intermediação financeira, e mesmo em uma desintermediação, com empresas acessando diretamente os mercados de capitais.⁹ R. G. Rajan aponta uma redução dos ativos dos bancos comerciais como percentual dos ativos de instituições financeiras no geral, partindo de um valor acima de 70% na virada do século XIX para o século XX para cerca de 30% no fim dos anos 90. A participação dos bancos nas dívidas corporativas teria declinado de 19,6% em 1979 para 14,5% em 1994.¹⁰ F. Browne mostra dados internacionais, evidenciando a retração do papel dos bancos como prestamistas no mundo inteiro.¹¹

D. T. Llewellyn fala na redução do valor de franquia dos bancos, resultado das alterações nas condições de concorrência. As margens dos bancos seriam erodidas

8. Por exemplo, R. H. Schmidt reconhece que a tendência dominante na área de regulação bancária e financeira vinha sendo até 2001 a da desregulação e liberalização, tanto do que o autor chama de condutas ("banks are now allowed a much freer choice of the ways they conduct their business (conduct deregulation), and they may now engage in lines of business which had previously been barred to them") como do que chama de condições estruturais ("others may now enter fields of economic activity which had formerly been reserved for banks (structural deregulation)"). Mas fala também em "a trend towards substituting the old-fashioned conduct and structural regulation by other forms of regulation, notably capital requirements". Veja SCHMIDT, Reinhard H. *The future of banking in Europe, financial markets and portfolio management*. vol. 15, n. 4, 2001. p. 429-449, especialmente p. 430.

9. GORTON, Gary; ROSEN, Richard. Corporate control, portfolio choice and the decline of banking. *Journal of Finance*, vol. 50, 1995. p. 1377-1420.

10. RAJAN, Raghuram G. *Is there a future in banking? Towards a new theory of the commercial bank*. Northwestern University e University of Chicago, 1996. p. 33.

11. BROWNE, Frank. Efficiency and financial fragility in Irish banking: causes, consequences and policy recommendations. *Bank of Ireland Research Paper*, n. 4/R/92, 1992.

pela redução das barreiras de entrada e pela entrada de novos competidores, incluindo as chamadas *instituições financeiras não bancárias* e mesmo as *instituições bancárias não financeiras*.¹²⁻¹³ Essa redução do valor de franquia, resultante do aumento da competição, foi apontada também por M. C. Keeley, em seu estudo sobre os incentivos à tomada excessiva de risco resultantes do seguro de depósito.¹⁴

2.1 Desmembramento de funções e a especialização

O movimento, entretanto, parece ser mais no sentido da especialização dos bancos do que propriamente no sentido da redução da sua participação na economia. Para o exemplo mais citado, da redução da participação dos bancos na atividade de empréstimos, vale lembrar que esta pode ser desmembrada em ao menos cinco funções, e que as instituições financeiras não necessariamente desempenham todas elas. Essas funções são a de originação, securitização, financiamento, coleta e processamento do risco, descritas abaixo:¹⁵

- *Originação*: envolve a procura por candidatos aos financiamentos, a análise da qualidade de crédito e a preparação dos contratos;
- *Securitização*: envolve a seleção e o chamado “empacotamento” de diversos valores mobiliários para sua venda posterior aos investidores. Alguns autores incluem a etapa de financiamento dentro da atividade de securitização.

-
12. Nos Estados Unidos, alguns autores e o Judiciário chegam mesmo a discutir as chamadas *instituições bancárias não bancárias*, que seriam instituições funcionalmente iguais aos bancos, mas que não se encaixam nas definições de banco do *Bank Holding Company Act* de 1956. Veja a respeito MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. *Nondeposit deposits and the future of bank regulation*. *Michigan Law Review*, vol. 91, nov.-1992. p. 237-273, e também a decisão da Suprema Corte em 474 US 361, *Board of Governors of the Federal Reserve System v. Dimension Financial Corporation*. O conceito de instituições bancárias não financeiras será discutido mais à frente.
 13. LLEWELLYN, David T. *Banking in the 21st Century: the transformation of an industry*. EDEY, M. (ed.), *The future of the financial system*, Sydney, Austrália: reserve Bank of Australia. 1996. Em especial notando que “[i]n particular, as entry barriers into banking services are eroded, banks are increasingly facing competition from a wider range of actual and potential suppliers of banking services: the capital markets, money markets, non-banking financial institutions, and also ‘non-financial banking institutions’” e também que “[i]n some respects the role of banks in the financial system is declining and the value of the banking franchise has been eroded”.
 14. KEELEY, Michael C. *Deposit insurance, risk, and market power in banking*. *American economic review*, 80 (5). p. 1183-1200.
 15. Acrescenta-se aqui a securitização à classificação tradicional encontrada em muitos manuais de economia bancária, por exemplo GREENBAUM, Stuart I.; THAKOR, Anjan V. *Contemporary financial intermediation*. 2. ed. Amsterdam, Boston, Heidelberg: Elsevier Academic Press, 2007. E também MISHKIN, Frederic S. *The economics of money, banking, and financial markets*. 7. ed. Boston: Pearson-Addison Wesley, 2004.

- *Financiamento*: envolve o adiantamento em si dos recursos aos clientes, depois de feita a análise de crédito;
- *Coleta*: engloba tanto a tarefa da coleta de pagamentos (cobrança) como a manutenção de registros dessas operações; e
- *Processamento do risco*: envolve o monitoramento do contrato e do cliente, de forma a controlar a inadimplência.

No Brasil, se observarmos as constantes vendas de carteiras de crédito de pequenos bancos para os maiores,¹⁶ iremos notar que já se processa a separação entre a originação e o financiamento. O mesmo ocorreu nos Estados Unidos, onde as hipotecas eram geradas por um agente, financiadas através de operações de securitização e venda dos títulos por meio de outro grupo de agentes, com a coleta de pagamento feita localmente por ainda outros agentes e, por fim, com a gestão de risco administrada por terceiros. Certo é que o péssimo alinhamento de incentivos e a falta de regulação apropriada, nesse último exemplo, estiveram na origem da chamada Crise do *Subprime*.

J. H. Boyd e M. Gertler também endossam essa percepção da separação das funções envolvidas na atividade de empréstimo.¹⁷ Os autores ressaltam a atividade de venda das carteiras de crédito, e também o aumento das atividades de processamento do risco através do oferecimento de garantias e de linhas de crédito.¹⁸ Essas atividades, que não geram ativos a serem carregados em balanço (chamadas de operações *Off Balance Sheet*, ou OBS) estariam, segundo os autores, implícitas na alegada redução de participação dos bancos no crédito privado. Bancos estariam aumentando essas operações OBS, e também estariam muitas vezes envolvidos apenas em algumas das funções da geração de crédito. Os autores alegam que, ajustados os volumes de crédito para dar conta dessas atividades, não existe declínio importante na atividade bancária.¹⁹

16. Nos Estados Unidos, em um curto período de tempo (de 1983 a 1989), o mercado de venda de carteiras de crédito cresceu de US\$ 26,7 bilhões para US\$ 290,9 bilhões. Veja a respeito GORTON, Gary B.; PENNACCHI, George G. Banks and loan sales: marketing nonmarketable assets. *Journal of Monetary Economics* 35 (1995). p. 389-411.

17. Segundo os autores, "[t]he combination of deregulation and financial innovation has permitted banks to increasingly decouple the various functions involved in intermediating lending". Veja BOYD, John H.; GERTLER, Mark. Are banks dead? Or are the reports greatly exaggerated? *Federal Reserve Bank of Minneapolis Quarterly Review*. vol. 18(3), 1994. p. 3.

18. Idem, ibidem. "(...) banks now sell some of the loans they originate to other financial institutions. [t]hey have also increased the extent to which they indirectly support lending by providing backup lines of credit and guarantees".

19. Idem, ibidem. "We show that a good fraction of what appears to have been a decline in commercial banks' share of intermediation by traditional measures instead reflects a relative movement of bank activities from on to off the balance sheet".

Por fim, R. H. Schmidt, A. Hackethal, M. Tyrell, examinando a intermediação de crédito na Alemanha, na França e no Reino Unido, embora não vejam uma tendência à desintermediação e ao aumento da importância do mercado de capitais, percebem o desmembramento das funções do oferecimento de crédito. Os autores se referem ao fenômeno falando do *alongamento da cadeia de intermediação*, com intermediários financeiros não bancários assumindo um papel relevante na mobilização de capital do setor não financeiro.²⁰

O modelo explica o perfil de muito da indústria no mundo, com o acirramento da competição, o estreitamento das margens e a procura, por parte dos bancos, de novas linhas de produtos e novos mercados. A redução das barreiras de entrada tornou possível a entrada de novos competidores. Estes escolhiam as áreas mais rentáveis dos bancos estabelecidos e, ao se especializarem, alcançavam ganhos de eficiência e aumentavam o bem-estar do consumidor.

De fato, os bancos tendem a praticar estratégias de preços pouco transparentes. Aumentam os seus ganhos nas áreas em que a entrada é mais difícil, cobrando preços menores nas quais poderiam enfrentar maior competição. Esse subsídio cruzado lembra as práticas das companhias telefônicas, que reduzem as tarifas de longa distância, serviço que exige uma infraestrutura menos complexa, e aumentam o custo das ligações locais, que por causa de sua grande capilaridade exigem investimentos maiores.²¹ A competição localizada, realizada pelos entrantes na indústria bancária, tornou impossível a manutenção de subsídios cruzados, pois deixava evidentes as ineficiências em cada linha de negócio dos incumbentes.

2.2 Desregulação e aumento da competição

A desregulação por certo não é o único fator relevante nessa modernização. R. G. Rajan elenca a mudança tecnológica ao lado da desregulação como sua mola propulsora.²² R. H. Schmidt, examinando o mercado europeu, fala em três aspectos: a desregulação e liberalização, o desenvolvimento da tecnologia da informação e a integração regional.²³ K. Matthews e J. Thompson falam em três tendências que alteraram a estratégia e a atividade dos bancos: a desregulação, a inovação financeira

20. SCHMIDT, Reinhard H.; TYRELL, Marcel; HACKETHAL, Andreas. Disintermediation and the role of banks in Europe: an international comparison. *Journal of Financial Intermediation*, vol. 8, n. 1, 1999.

21. Por certo as discussões sobre os direitos de acesso e as regras de interconexão têm servido para minar essa prática.

22. RAJAN, Raghuram G. *Is there a future...* Conforme nota 11 retro.

23. SCHMIDT, Reinhard H. *The future of banking in Europe, working paper series: finance and accounting 72, Department of Finance*. Goethe University Frankfurt am Main, 2001.

e a globalização.²⁴ A desregulação, entretanto, tem grande importância no aumento da competição do setor.

De fato, a Crise de 1929 e as crises bancárias subsequentes resultaram em uma reação dos governos, que passaram a regular cada vez mais o setor. No início dos anos 70, as regulações começaram a ser reduzidas, inicialmente com o banimento de restrições quantitativas. O teto ao pagamento de juros em contas de depósito em vários países passou a ser um problema para as instituições que acolhiam depósitos à vista depois das duas crises do petróleo. Depositantes passaram a migrar seus recursos para os fundos mútuos e para outras aplicações que não sofriam restrições.

No Reino Unido se iniciou em 1971 a política de *competição e controle do crédito*, removendo controles diretos sobre a concessão de crédito usados até então. O Banco da Inglaterra passou a controlar o suprimento de moeda através de operações de mercado aberto, voltando aos controles anteriores no fim de 1973.²⁵ O governo Carter iniciou o relaxamento das restrições da Regulação Q em 1980, e X. Vives documenta a revisão de limitações quantitativas de ativos e passivos nas instituições da Europa, com a redução de controles visando a uma maior integração na União Europeia.²⁶

Uma segunda rodada de desregulações,²⁷ depois do relaxamento das restrições quantitativas, foi a abolição das restrições quanto às atividades que as instituições poderiam exercer. O exemplo mais notório é a revogação do *Glass-Steagall Act* de 1933 pelo *Gramm-Leach-Bliley Act* de 1999 (também conhecido como *Financial Services Competition Act*), que eliminou a distinção entre bancos comerciais e de investimento. O *Garn-St Germain Act* de 1982, também nos Estados Unidos, permitiu uma maior competição entre bancos tradicionais e as instituições de poupança e empréstimo. Ainda nos anos 80, o Reino Unido abriu o mercado de hipotecas de forma a permitir a competição entre bancos e sociedades de construção.²⁸

24. MATTHEWS, Kent; THOMPSON, John. *The Economics of...* Conforme nota 5 retro, cap. 1.

25. MULLINEUX, Andy W. *International banking and financial systems: a comparison*. Londres: Graham and Trotman, 1987. p. 243.

26. VIVES, Xavier. Bank competition and European integration. In GIOVANNINI, Alberto G.; MAYER, Colin (editores). *European financial integration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p. 18-19.

27. A descrição da desregulação em três ondas é devida a MATTHEWS, Kent; THOMPSON, John. *The economics of...* Conforme nota 5 retro. p. 3-4. Que sumariza bem o desenvolvimento da indústria no período que antecede a crise de 2007.

28. Nos anos 80, uma alteração legislativa autorizou as sociedades de construção a oferecerem serviços equivalentes aos dos bancos regulares, legislação que foi estendida em 1986 pelo Building Societies Act para facilitar a competição no Reino Unido. Veja MCGOLDRICK, Peter J.; GREENLAND, Steven J. Competition between banks and building societies in the retailing of financial services. *British Journal of Management*, vol. 3, n. 3. p. 169-179, set.-1992.

Finalmente, novas desregulações permitiram a entrada no setor de instituições até então não autorizadas a oferecer serviços financeiros, além de aumentar a competição entre as firmas incumbentes. No Reino Unido, por exemplo, a rede de lojas de varejo Marks & Spencer identificou três áreas nas quais teria vantagens competitivas para atuar no mercado financeiro, especificamente sua reputação, sua presença no varejo e sua capacidade de entrega,²⁹ usando essas vantagens para oferecer serviços como financiamentos. Em junho de 2012, a rede anunciou que passaria a operar agências completamente funcionais dentro de suas lojas, com o apoio para atividades de retaguarda do Banco HSBC, iniciando o projeto com 50 agências.³⁰ A rede de supermercados Tesco, também no Reino Unido, passou a oferecer serviços bancários através do Tesco Bank. Nos Estados Unidos, a Sears já teve uma operação de serviços financeiros em escala maior, entretanto se desfez de seus negócios de corretagem e mesmo de sua operação de cartões de crédito.³¹

No Brasil, lotéricas e agências de correio têm oferecido serviços bancários, entretanto o fazem atuando como *correspondentes bancários*. Nessa modalidade de atendimento, os correspondentes atuam por delegação de instituição financeira autorizada pelo Banco Central. A matéria é disciplinada pela Res. 3.954, de 24.02.2011, norma que revogou as disciplinas anteriores. Embora não existam bancos ligados diretamente a redes de varejo, o país conta com alguns bancos de montadoras de veículos,³² além de bancos ligados aos grupos econômicos.

2.3 Desintermediação

O processo de desintermediação financeira, assim como o aumento da competição examinado na seção anterior, também envolve outros aspectos além da

29. LLEWELLYN, David T.; *Banking in the 21st Century...* Conforme nota 14 retro, p. 152.

30. Comunicado à imprensa distribuído em 08.06.2012. Disponível em: [<http://corporate.marksandspencer.com/page.aspx?pointerid=ab3e67329a07487bb17a71236f87449a>]. Acesso em: 09.06.2012.

31. A empresa vendeu a operação de cartões de crédito de varejo para o Citibank em 2003, vendendo o resto da operação de cartões ao JP Morgan Chase em 2005. SORKIN, Andrew R. Sears to sell card portfolio to Citigroup for \$3 Billion. *The New York Times*, 16.07.2003. Disponível em: [www.nytimes.com/2003/07/16/business/sears-to-sell-card-portfolio-to-citigroup-for-3-billion.html]. Acesso em: 23.01.2011.

32. O sítio da Anef (Associação Nacional das Empresas Financeiras das Montadoras) lista 13 bancos associados, informação consultada em 23.04.2012, disponível no endereço [www.anef.com.br/anef/associados/empresas-associadas-a-anef.html]. Decerto nem todas essas instituições adotam um comportamento competitivo, em especial aquelas instituições que são controladas por bancos tradicionais. Veja a respeito RIBEIRO, Ivan C. *Competição bancária e determinantes institucionais das taxas de juros: uma análise de séries de tempo*. RIBRAC 13/139-168, São Paulo: Ed. RT, 2006.

desregulação. A inovação financeira e o avanço tecnológico têm papel relevante, e por vezes a desintermediação é resultado até da regulação, e não da desregulação.

A aplicação de fundos diretamente em valores mobiliários e mesmo em projetos de longo prazo, e não através de um contrato de depósito, já ocorre inclusive no Brasil. Em geral, é resultado de desregulações que suprimiram a necessidade de corretores e outros intermediários para realizar tais investimentos. O programa de venda de dívida pública do Tesouro Direto é um passo na direção dessa desintermediação, permitindo que pessoas físicas comprem títulos públicos através da internet desde 2002.³³ Normas simplificadoras, como a que autoriza a criação de clubes de investimento, permitindo ao poupador investir diretamente em ações,³⁴ também estimulam a desintermediação.

Nos Estados Unidos, os fundos mútuos também experimentaram uma modernização, decerto estimulada pelo objetivo de evitar as regulações de reservas e do seguro de depósito,³⁵ permitindo aos poupadores investir diretamente em valores mobiliários. G. P. Miller advoga a superioridade dos fundos mútuos que possuem facilidades de uma conta-corrente, como a emissão de cheques, em relação às contas-correntes tradicionais. Um contrato dessa natureza não está sujeito às instabilidades de contas de depósito à vista, em que se opera a restrição de serviço sequencial.³⁶

Do lado da procura por financiamento, mudanças na disponibilidade de informação operam em favor da desintermediação. Grandes empresas, submetidas a regras de transparência que tornam públicas muitas das informações antes disponíveis somente aos bancos (em especial no caso de empresas com ações negociadas em bolsa), têm acesso direto ao mercado de capitais e de colocação de dívida diretamente junto do público investidor. R. H. Schmidt, A. Hackethal e M. Tyrell mostram que principalmente as grandes empresas estariam suprimindo suas necessidades de financiamento externo através dos mercados de capitais, especialmente no Reino Unido e na França (na Alemanha, segundo os autores, as empresas ainda recorreriam aos bancos para esses financiamentos).³⁷

33. MINISTÉRIO DA FAZENDA. *Conheça o tesouro nacional*. Brasília, 2011. p. 47.

34. A Instrução CVM 494 de 20.04.2011 disciplina a constituição, a administração, o funcionamento, a divulgação de informações e a distribuição de cotas dos Clubes de Investimento, e a Instrução 495, da mesma data, disciplina a elaboração e a divulgação das demonstrações financeiras desses clubes.

35. MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. *Nondeposit deposits...* Conforme nota 13 retro.

36. MILLER, Geoffrey P. On the obsolescence of commercial banking. *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)/Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. 154, n. 1, The new institutional economics financial institutions in transition: banks and financial markets, mar.-1998. p. 61-73.

37. SCHMIDT, Reinhard H.; HACKETHAL, Andreas; TYRELL, Marcel. Disintermediation and the role of banks. *Journal of Financial Intermediation*, vol. 8, 1999. p. 36-67, especialmente p. 50-51.

D. T. Llewellyn descreve como essa desintermediação ocorre em função da erosão da vantagem que os bancos teriam em obter informações financeiras de seus clientes. O desenvolvimento tecnológico teria reduzido os custos de obter informações, facilitando o trabalho de novos ofertantes de crédito. Agências de classificação de risco e escores de crédito tornariam informações de qualidade de crédito amplamente disponíveis. Por fim, regras de transparência aumentaram a quantidade de informações disponíveis sobre as empresas. Assim, essas informações, que antes eram uma vantagem privada do banco, passaram a ser algo mais próximo de um bem público.³⁸

O autor sugere ainda que essa dinâmica de acesso ao mercado de capitais acabaria por criar um círculo virtuoso, já que, conforme os mercados de capitais se tornassem mais eficientes, mais incentivos as empresas teriam para divulgar informação, aumentando novamente a eficiência dos mercados. J. Bisignano sugere, nessa mesma linha, que a vantagem comparativa que os bancos teriam em obter e avaliar a qualidade de crédito dos tomadores, e com isso de resolver o problema da assimetria de informações, parecia estar declinando, especialmente nos países em que os mercados de capitais estavam se sofisticando.³⁹

R. G. Rajan sugere outra racionalidade para a desintermediação no caso de empréstimos para grandes empresas.⁴⁰ A taxa de remuneração requerida pelos depositantes de um banco não seria fixada em função do empréstimo marginal feito pelo banco, pois os investidores não veem esse empréstimo e sequer conseguem assegurar que ele continue no balanço do banco. Caso o empréstimo marginal seja feito a uma empresa sem risco, com grande qualidade de crédito, o custo de capital do banco não se ajustará de forma correspondente por causa da opacidade de suas demonstrações financeiras. Se os investidores financiarem essa empresa diretamente, será possível fazer uma avaliação de risco mais apurada, e o banco continuará a poder atuar na operação através do oferecimento de fianças ou de linhas de crédito de emergência para suportar o empréstimo (essa é a função de processamento do risco discutida na seção 2.1).

No caso das pessoas físicas, a divulgação de informações, em especial a criação de escores de crédito, embora não possibilite a desintermediação (em virtude, com certeza, de problemas de escala e custos de transação), teria papel relevante no aumento da concorrência. Com a concentração do setor em diversos países, em

38. LLEWELLYN, David T. *Banking in the 21st Century*... Conforme nota 14 retro, p. 148, "(...) in some cases, information which was previously a private advantage to the bank has become more of a 'public good'. [i]n each of these ways banks' information advantages have been eroded".

39. BISIGNANO, Joe. *Structure of financial intermediation, corporate finance and central banking, bank for international settlements, mimeo*, 1990.

40. RAJAN, Raghuram G.; *Is there a future*... Conforme nota 11 retro.

especial no Brasil, no modelo de grandes bancos, a indústria mais e mais deixa de confiar na chamada *soft information*. Modelos automáticos de avaliação de crédito, baseados em algoritmos, e modelos econométricos usam bases de dados com informações detalhadas dos clientes (chamados por vezes de *hard data*). As informações geradas dessa forma são as que melhor se adequariam ao modelo do escore de crédito, o que explica a grande resistência dos megabancos e de suas associações em permitir o aumento da informação disponível publicamente, como no caso dos cadastros positivos.

2.4 A modernização dos bancos

A estrutura da indústria bancária que se desenha (com as pressões competitivas, a desregulação e a influência da inovação financeira e tecnológica) é a de um modelo bem diferente daquele que temos no Brasil e em alguns outros países. D. T. Llewellyn sugere um modelo que chama de *banco contratual*, no qual os bancos subcontratariam serviços e processos para empresas especializadas, e se tornariam gestores de contratos internos e externos.⁴¹ R. G. Rajan reconhece que, embora os bancos venham perdendo espaço em algumas atividades, eles teriam uma grande vantagem na tarefa de garantir a liquidez. Ao exercer essa tarefa, os bancos adquiririam competências que os habilitariam a exercer uma série de atividades financeiras e não financeiras. Tarefas de originar os empréstimos, de assistir às empresas na colocação de dívida ou na emissão de ações e a de securitizar dívidas são alguns exemplos.⁴²

C. A. e Goodhart descreve a evolução decorrente da desregulação como a passagem de um modelo em que os bancos fazem o gerenciamento dos ativos (*asset management*) para aquele em que estes fariam o gerenciamento de passivos (*liability management*). No primeiro modelo, o total de empréstimos concedidos pelo banco seria limitado por regulações restritivas, enquanto os fundos para essas operações seriam supridos passivamente na forma de depósitos. Para C. A. E Goodhart, o *liability management* refere-se à capacidade do banco em criar passivos para financiar suas operações, por exemplo, realizando operações no mercado interbancário.⁴³

A descrição de S. I. Greenbaum e A. V. Thakor para o gerenciamento de passivos dá uma boa ideia do novo perfil das instituições bancárias.⁴⁴ As instituições recebedoras de depósitos olhariam com particular interesse a diferença entre os custos de captação e o retorno dos ativos em que investem, a chamada margem líquida de

41. LLEWELLYN, David T. *Banking in the 21st Century...* Conforme nota 14 retro.

42. RAJAN, Raghuram G. *Is there a future...* Conforme nota 11 retro.

43. GOODHART, Charles A. E. *Monetary theory and practice: the U. K. experience*. London: Palgrave Macmillan, 1983. p. 23-29.

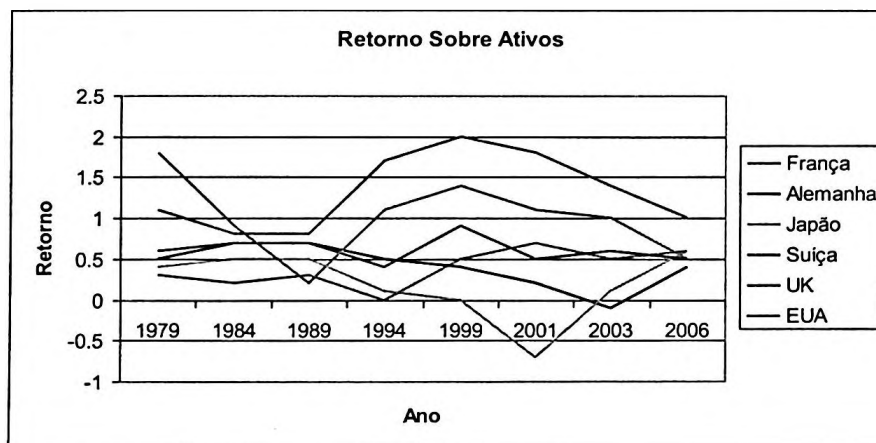
44. GREENBAUM, Stuart I.; THAKOR, Anjan V. *Contemporary financial...* Conforme nota 16 retro, p.407-409.

juros (*net-interest margin* ou NIM). O gerenciamento de passivos refere-se, segundo os autores, às estratégias para manter a continuidade e efetividade do financiamento dos ativos.

Para realizar a tarefa, os bancos devem: (i) escolher entre as fontes de financiamento de forma a evitar a dependência excessiva de uma única fonte, garantindo assim a *diversificação*; (ii) escolher o seu *mix de passivos*, de forma que esse envolva a fração ideal de produtos financeiros (e.g., contas-correntes com facilidades de emissão de cheques, menos sensíveis à exposição ao risco do banco e que engendram menor supervisão de correntistas) e de instrumentos de investimento (mais sensíveis ao risco); e (iii) escolher a estrutura de duração desses passivos, de forma a gerenciar o risco de taxa de juros.

Da discussão nesta seção e nas anteriores, podem-se vislumbrar as características de um setor bancário moderno e competitivo. O aumento da competição leva à redução das margens e do retorno sobre ativos dos bancos, fenômeno apresentado no Gráfico 1. A pressão sobre a lucratividade força os bancos a reduzir custos em busca de uma operação mais eficiente, com a redução de pessoal e o fechamento de agências (o reflexo dessa tendência é a redução dos custos operacionais observada no Gráfico 2).

Gráfico 1

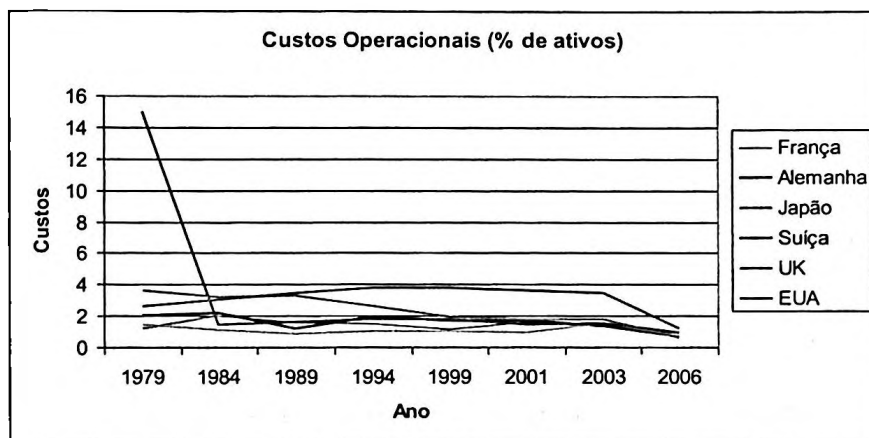


Fonte: Elaboração própria a partir de dados em MATTHEWS, Kent; THOMPSON, John. *The economics of banking*. 2. ed. Chichester: John Wiley & Sons, 2008. p. 8.

A competição de empresas financeiras não bancárias e de empresas bancárias não financeiras, possível somente após a desregulação, acirra a competição em cada uma das linhas de produto. Essa concorrência torna impossível o subsídio cruzado, e os bancos passam a adotar uma estrutura de preços mais clara, capaz de ressaltar as áreas em que são eficientes. Os bancos têm também que procurar novos produtos e merca-

dos, internacionalizando suas atividades e procurando outras receitas, como aquelas derivadas de comissões e taxas. Outro reflexo, portanto, é o aumento da importância de receitas não derivadas de juros e a crescente receita vinda de outros mercados.

Gráfico 2



Fonte: Elaboração própria a partir de dados em MATTHEWS, Kent; THOMPSON, John; *The economics of banking*. 2. ed. Chichester: John Wiley & Sons, 2008. p. 13.

Aliada ao processo de desintermediação, a concorrência força a especialização não de apenas alguns produtos ou serviços, mas também, em etapas específicas, da criação de produtos. As atividades de empréstimo, por exemplo, podem ser divididas em diversas fases, e existe um mercado relevante a ser repartido entre bancos, mercados de capitais e outros intermediários financeiros. Essa repartição inclui o provimento da tarefa de originar os financiamentos, da securitização, do financiamento, além da cobrança e do processamento do risco (veja seção 2.1 retro).

A concorrência também corrói os ganhos de monopólio em atividades tradicionais, forçando a criação de produtos inovadores e a especialização em nichos de mercado. A consequência é a ampliação do volume de crédito de uma forma mais saudável, com diversificação e sem impactos sobre o risco sistêmico.

O contrário dessa tendência é um setor bancário no qual a margem líquida de juros somente se amplia e que confia mais e mais nos modelos de negócio baseados em *hard data*. O esforço para o desenvolvimento de relacionamento é relegado ao segundo plano, já que o investidor e o depositante não têm opções à sua disposição.⁴⁵

45. Na Inglaterra aponta-se que cerca de 1.000 localidades não têm qualquer agência bancária, e um número próximo a esse tem apenas uma agência de um único banco. Veja evidência escrita submetida pela *Campaign for Community Banking Services (CCBS)* à *Independent Commission on Banking* do Parlamento Britânico em setembro de 2011.

Em vez do desenvolvimento de produtos e da especialização, procura-se extrair mais rendas monopolísticas dos mesmos clientes, prática apelidada no Brasil de 'rentabilização' de clientes. O resultado desse atraso na indústria é o gigantismo de umas poucas instituições, operando ao lado de uma franja pulverizada e frágil, o modelo que se chamará aqui de *modelo dos megabancos*, que nega acesso ao crédito, impede a modernização e impõe riscos inaceitáveis à sociedade.

3. CONCORRÊNCIA BANCÁRIA

A visão mais comum a respeito das relações entre concentração, regulação e eficiência dos bancos sustenta que uma regulação limitando a competição resultará em um ambiente com baixa eficiência e poucos bancos. As instituições financeiras, nesse ambiente, fariam pleno uso de seu poder de mercado para extrair rendas monopolísticas, reduzindo o bem-estar social. Testes relacionando algum indicador de concentração, como por exemplo o Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI),⁴⁶ os indicadores CR_n ,⁴⁷ ou mesmo o número de empresas no setor, com um indicador de desempenho (via de regra o lucro) eram comuns nas primeiras pesquisas empíricas. Essa é a chamada abordagem de Estrutura-Condução-Desempenho (SCP), devida a J. S. Bain.⁴⁸

a) A abordagem de estrutura-conduta-desempenho

Uma extensão do SCP reconhece que alguns bancos podem ter vantagens por conta da informação que possuem sobre seus clientes, o que daria a estes um poder

46. O HHI é calculado tomando-se a soma dos quadrados das participações de mercado de cada um dos bancos no mercado. O índice varia entre 0, significando o maior grau de desconcentração possível, até 10.000, definindo a situação de monopólio. As orientações do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, um dos órgãos encarregados de fazer a vigilância em matéria concorrencial, estabelece que um mercado, normalmente definido para áreas bastante limitadas, seria competitivo se apresentasse um HHI de até 1.000, moderadamente concentrado se o HHI estivesse entre 1.000 e 1.800, e altamente concentrado se acima de 1.800. Também seria objeto de preocupação dos órgãos de defesa da concorrência um aumento da concentração que resultasse em uma variação do HHI igual ou superior a 200. Veja a respeito Department of Justice, *Bank Merger Competitive Review – Introduction and Overview*, 1995, disponível em: [www.justice.gov/atr/public/guidelines/6472.htm], consultado em: 22.11.2009, e também Federal Deposit Insurance Corporation, FDIC Statement of Policy on Bank Merger Transactions, disponível em: [www.fdic.gov/regulations/laws/rules/5000-1200.html], acessado em: 22.11.2009.

47. O CR_n , ou a razão de concentração para n -bancos (*Concentration Ratio* ou CR), mede o percentual do mercado controlado pelos n bancos de maior participação.

48. É a chamada hipótese de *Structure-Conduct-Performance* (SCP), conforme BAIN, Joe S. Relation of profit rate to industry concentration: american manufacturing, 1936-1940. *Quarterly Journal of Economics*, 65(3), 1951. p. 293-324.

de mercado localizado, independentemente do que se conquistaria através da colusão. Essa seria a Hipótese do Poder de Mercado Relativo (RMPH).⁴⁹

A teoria de organização industrial mostrou que a competitividade em uma indústria não pode ser avaliada por indicadores de estrutura de mercado, visto que a ameaça de entrada de novos competidores poderia ser suficiente para disciplinar o mercado.⁵⁰ Também se sugere que os competidores mais eficientes teriam custos menores, resultando naturalmente em maiores fatias de mercado e maior lucratividade, a chamada “hipótese de estrutura eficiente” (*efficient structure hypothesis* ou ESH) de H. Demsetz⁵¹ e de S. Peltzman.⁵²

Estudos utilizando a participação de mercado como variável de controle mostraram de fato que a concentração aparentemente não seria relevante. Em outros trabalhos ainda procurou-se encontrar medidas alternativas do desempenho, conforme anuncia a revisão da literatura a esse respeito feita por R. A. Gilbert.⁵³ Os resultados da literatura de SCP, embora apresentem uma relação positiva entre a estrutura e o desempenho, não conseguem separar essa teoria da hipótese de estrutura eficiente (ESH), ou seja, a estrutura de mercado não pode ser assumida como exógena. Além da revisão bibliográfica de R. A. Gilbert, pode-se encontrar um exame mais recente dessa literatura em A. N. Berger et al.⁵⁴

-
49. É a *Relative Market Power Hypothesis* (RMPH). A. N. Berger associa esse poder no mercado à propaganda, às relações locais e às relações de negócios. Veja BERGER, Allen N. The profit-structure relationship in banking: tests of market power and efficiency-structure hypothesis. *Journal of Money, Credit and Banking* 27/404-431, 1995.
50. BAUMOL, William J.; PANZAR, John C.; WILLIG, Robert D. *Contestable markets and the theory of industry structure*. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich, 1982. Veja também, para uma aplicação específica ao mercado bancário, BESANKO, David A.; THAKOR, Anjan V. Banking deregulation: allocational consequences of relaxing entry barriers. *Journal of Banking & Financing* 16, 1992. p. 909-932.
51. DEMSETZ, Harold. Industry structure, market rivalry, and public policy. *Journal of Law and Economic* 16:1 (1973). p. 1-10.
52. PELTZMAN, Sam. The gains and losses from industrial concentration. *Journal of Law and Economics* 20:2 (1977). p. 229-263.
53. R. A. GILBERT. Bank market structure and competition: a survey. *Journal of Money, Credit and Banking* 16 (1984). p. 617-645. O autor cita cinco artigos onde se utiliza a taxa de juros como medida de desempenho, linha seguida no trabalho de E. K. Tonooka e S. M. Koyama, conforme nota 80 mais à frente e texto acompanhando.
54. BERGER, Allen N.; DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli; LEVINE, Ross; HAUBRICH, Joseph G. Bank concentration and competition: an evolution in the making. *Journal of Money, Credit and Banking*, vol. 36, n. 3, parte 2: Bank concentration and competition: an evolution in the making. Conferência patrocinada pelo Federal Reserve Bank of Cleveland em 21-23.05.2003, jun.-2004. p. 433-451. Também examinam essa evidência empírica DEGRYSE, Hans; KIM, Moshe; ONGENA, Steven. *Microeconometrics of banking: methods, applications and results*. New York: Oxford University Press, 2009.

Como um último exemplo do problema de identificação resultante das abordagens de SCP, S. A. Berg e M. Kim, em estudo empírico utilizando o método da variação conjectural (veja item c a seguir), mostraram que, na Noruega, existe o forte exercício de poder no mercado de empréstimos de varejo, algo não verificado no mercado de empréstimos de atacado. Curiosamente, os HHI's nesses mercados, conforme o calculado pelos autores, são respectivamente de 866 e de 2.155, o que, segundo as orientações por exemplo do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, indicaria que o mercado de empréstimos de varejo é perfeitamente competitivo, e o de atacado altamente concentrado, exatamente a situação oposta da verificada no teste empírico.⁵⁵

b) Os indicadores de Panzar & Rosse e o de Boone

Desenvolvimentos recentes têm procurado associar o comportamento dos bancos em resposta a alterações na margem com a estrutura de mercado. J. Panzar e J. Rosse⁵⁶ sugerem uma medida para o comportamento dos competidores em determinada indústria (a chamada *Estatística H*). Os autores propõem uma análise comparativa estática, antecipando restrições para a equação em forma reduzida das receitas.⁵⁷ Para um monopolista, a soma das elasticidades de preço dos fatores deverá ser não positiva. Para um mercado em competição perfeita, receitas e custos variarão na ordem de um para um, e entre zero e um temos as situações de competição monopolística.

As medidas encontradas através da Estatística H têm sido utilizadas ora como a variável dependente, em estudos que procuram os determinantes da maior ou menor competição no setor, ora como variável explicativa, em modelos que procuram, por exemplo, os determinantes de uma maior ou menor estabilidade financeira.

55. BERG, Sigbjørn A.; KIM, Moshe. Banks as multioutput oligopolies: an empirical evaluation of the retail and corporate banking markets. *Journal of Money, Credit and Banking*, vol. 30, n. 2, 1998. p. 135-153.

56. PANZAR, John C; ROSSE, James N. Testing for "monopoly" equilibrium. *Journal of Industrial Economics* 35:4, 1987. p. 443-456.

57. A comparação estática requer a suposição de que o teste é feito em situações de equilíbrio de longo prazo, questão apontada entre outros por A. Nathan e E. H. Neave. A maioria dos testes empíricos inclui um teste para verificar essa condição. Veja NATHAN, Alli; NEAVE, Edwin H. Competition and contestability in Canada's financial system: empirical results. *Canadian Journal of Economics* 22 (1989). p. 576-594. K. Matthews, V. Murinde e T. Zhao usam uma função em forma reduzida fazendo a regressão dos preços de insumos e variáveis de controle contra uma variável dependente constituída do lucro (retorno sobre ativos) do i-ésimo banco. Veja MATTHEWS, Kent; MURINDE, Victor; ZHAO, Tianshu. Competitive conditions among the major British banks. *JOURNAL OF BANKING & FINANCE*, vol. 31, Issue 7, jul.-2007. p. 2025-2042.

A Estatística H, apesar do seu uso em diversos estudos (veja seção 3.1 à frente), apresenta algumas desvantagens. A primeira delas é a de que, embora o indicador permita excluir certos estados de competição, um aumento não pode ser interpretado de forma não ambígua como um aumento da competição. Em segundo lugar, em muitas situações, as estimativas do preço dos fatores de produção podem não estar disponíveis.⁵⁸ J. Boone⁵⁹ e J. Boone, J. C. van Ours e H. van der Wiel⁶⁰ apresentam um indicador alternativo, desenvolvendo a ideia de uma elasticidade dos lucros em relação ao custo marginal. O indicador é construído sobre a ideia de que, em mercados mais competitivos, uma empresa será punida, por ser ineficiente, mais severamente em seu lucro. M. van Leuvensteijn et al utilizam o indicador concluindo que este varia bastante entre os países examinados.⁶¹

c) O método da variação conjectural

O método emprega um modelo empírico baseado na teoria da variação conjectural para estimar um parâmetro λ que reflete a conduta das empresas de um setor. Baseia-se na ideia de que uma empresa, ao escolher o seu nível de produção, leva em consideração a reação das empresas rivais. O parâmetro estaria definido de forma a medir o grau de competitividade de uma maneira bastante geral, resultando na margem preço-custo ajustado pela elasticidade. O preço de equilíbrio do oligopólio é caracterizado pela seguinte condição de primeira ordem:

$$P(Q, Y; \alpha) + \lambda QP(Q, Y; \alpha) = C(Q, Z; \beta)$$

Onde P é o preço de equilíbrio do mercado, $P(Q, Y; \alpha)$ é a função inversa da demanda de mercado, Q é a quantidade de mercado, $C(Q, Z; \beta)$ é o custo marginal de mercado, α e β são os vetores de parâmetros desconhecidos associados à demanda e aos custos. Y e Z são vetores de variáveis que afetam a demanda e os custos, respectivamente. O parâmetro λ , como comentado, é a elasticidade conjectural do produto total da indústria em relação à variação da produção da empresa i , ou seja:

$$\lambda = \frac{\partial Q}{\partial Q_i} \frac{Q_i}{Q}$$

58. Para essas críticas, veja DEGRYSE, Hans; KIM, Moshe; ONGENA, Steven. *Microeconomics of Banking...* conforme nota 55 retro, especialmente p. 36-37.

59. BOONE, Jan. A new way to measure competition. *The Economic Journal*. vol. 118, Issue 531, 2008. p. 1245-1261.

60. BOONE, Jan; VAN OURS, Jan C.; VAN DER WIEL, Henry. How (not) to measure competition. *Tilec Discussion Paper*, n. 2007-014, 2007.

61. VAN LEUVENSTEIJN, Michie; SØRENSEN, Christoffer K.; BIKKER, Jacob A.; VAN RIXTELD, Adrian A.R.J.M. Impact of bank competition on the interest rate pass-through in the Euro area. *Applied Economics*, vol. 45, Issue 11, 2013. p. 1359-1380.

Que também pode ser escrito como:

$$\lambda = \eta(P) \left[\frac{P - MC}{P} \right]$$

Onde $\eta(P)$ é a elasticidade-preço da demanda, e $MC [= C(Q, Z; \beta)]$ o custo marginal, implicando que o parâmetro de conduta é o Índice de Lerner⁶² ajustado pela elasticidade. Os diferentes tipos de competição podem ser então facilmente escritos na seguinte forma:

- *Maximização de monopólio*: resultando em $\lambda = 1$;
- *Competição perfeita*: resultando em $\lambda = 0$; e
- *Equilíbrio de cournot*: resultando em $\lambda = 1/I$, onde I é o número de empresas no mercado.

Apesar de ainda ser popular em testes empíricos, os teóricos não têm mantido o mesmo gosto pela abordagem. O parâmetro de conduta é baseado na observação de que, para certas condições dadas da demanda e dos custos, é possível aproximar a conjectura que resultaria a margem de custo-preço observada se as empresas estiverem em um equilíbrio de variação conjectural, mesmo que na realidade o comportamento observado seja resultado de um outro jogo de oligopólio.⁶³ Entretanto, sem definir a natureza real do comportamento subjacente ao equilíbrio observado, nenhuma inferência sobre a extensão do poder no mercado pode ser feita.^{64,65}

62. O índice de Lerner descreve o poder no mercado de uma empresa na forma $L = (P - MC)/P$, onde P é o preço de mercado escolhido pela empresa, e MC é o custo marginal da empresa.

63. T. Bresnahan sintetiza esse ponto de vista (veja BRESNAHAN, Timothy F. *Empirical studies of industries with market power*. In SCHMALENSSEE, Richard; WILLIG, Richard. *Handbook of industrial organization*, vol. 2, cap. 17, 1989. p. 1011-1057, especialmente p. 1029-1030), de outra forma também encontrável em DEGRYSE, Hans; KIM, Moshe; ONGENA, Steven. *Microeconometrics of banking...* Conforme nota 55 retro, e em CORTS, Kenneth S. *Conduct parameters and the measurement of market power*. *Journal of Econometrics*. vol. 88 (2), 1999. p. 227-250.

64. De fato, K. S. Corts mostra através de simulações que a abordagem pode apontar um mercado como sendo mais competitivo do que um equilíbrio do tipo Cournot, mesmo quando o comportamento aproxima-se de uma colusão perfeita com a maximização de monopólio. Veja CORTS, Kenneth S. *Conduct parameters...* Conforme nota 64 retro, em especial p. 229, estabelecendo que "[i]n fact, the conduct parameter need not even be positively correlated with the true measure of the elasticity-adjusted price-cost margin, so that some markets are deemed more competitive than a Cournot equilibrium even though the price-cost margin approximates the fully collusive joint-profit maximizing price-cost margin".

65. Por exemplo, P. T. Spiller e E. Favaro utilizam o parâmetro de conduta, tendo definido o mercado no Uruguai como possuindo uma estrutura do tipo Stackelberg, SPILLER, P. T.; FAVARO, E. *The effects of entry regulation on oligopolistic interaction – the Uruguayan banking sector*. *Rand Journal of Economics* 15 (2), 1984. p. 244-254.

3.1 Evidência empírica sobre a concorrência

A evidência empírica sobre os efeitos da concentração e concorrência no setor bancário divide-se entre aquela na linha da Organização Industrial tradicional, expressa na abordagem SCP, e a assim chamada Nova Organização Industrial Empírica, que utiliza, entre outras, as abordagens discutidas nos itens *b* e *c* da seção anterior.

H. Degryse, M. Kim e S. Ongena examinam essa evidência,⁶⁶ resumizando os levantamentos de 2005 e 2008 de H. Degryse e S. Ongena.⁶⁷ O estudo discute 19 trabalhos empíricos que avaliam os efeitos da concentração sobre taxas de juros e disponibilidade de empréstimos. O levantamento mostra uma relação positiva na maioria dos estudos, seja para o crédito em geral, seja para o crédito de grupos específicos (empresas novas ou pequenas, negros, hispânicos e mulheres).⁶⁸ Em relação aos depósitos, 12 estudos mostram, em sua esmagadora maioria, que uma maior concentração está associada a taxas mais baixas nos depósitos.⁶⁹ Além do sumário compilado por H. Degryse, M. Kim e S. Ongena, o já referenciado trabalho de A. N. Berger proporciona uma excelente resenha dessa literatura, que torna ociosa a extensão de sua discussão neste trabalho.⁷⁰

Uma linha dos testes empíricos que partem de modelos de OI examina a relação das taxas de juros em empréstimos e da remuneração dos depósitos às flutuações na taxa de juros geral da economia (por exemplo, as taxas da dívida do governo). Esses estudos verificam que as taxas e remunerações em geral são relativamente insensíveis à variação do juro,⁷¹ um efeito que aumenta com a concentração econômica.⁷²

66. DEGRYSE, Hans; KIM, Moshe; ONGENA, Steven. *Microeconometrics of banking...* Conforme nota 55 retro.

67. DEGRYSE, Hans; ONGENA, Steven. *Competition and regulation in the banking sector: a review of the empirical evidence on the source of bank rents*, mimeo, 2005, e também DEGRYSE, Hans; ONGENA, Steven; *Competition and regulation in the banking sector: a review of the empirical evidence on the source of bank rents*. In THAKOR, Anjan V.; BOOT, Arnoud W. A. (eds.). *Handbook of Financial Intermediation and Banking*. Amsterdam: Elsevier, 2008.

68. DEGRYSE, Hans; KIM, Moshe; ONGENA, Steven. *Microeconometrics of banking...* Conforme nota 55 retro, p. 45-47 e Tabela 3.2.

69. Idem, conforme Tabela 3.3, p. 50-51.

70. BERGER, Allen N.; DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli; LEVINE, Ross; HAUBRICH, Joseph G. *Bank concentration and competition...* Conforme nota 55 retro.

71. BERGER, Allen N.; UDELL, Gregory F. Some evidence on the empirical significance of credit rationing. *Journal of Political Economy*, vol. 100 (5), 1992. p. 1047-1077.

72. HANNAN, Timothy H.; BERGER, Allen N. The rigidity of prices: evidence from the banking industry. *American Economic Review*, vol. 81, n. 4, 1991. p. 938-945.

Linhas de pesquisa importantes sobre os comportamentos estratégicos observam qual o impacto sobre as taxas de juros locais decorrentes da presença de bancos que operam em diversas regiões ou com diversos produtos. L. J. Radecki⁷³ mostra que os bancos fixam taxas de juros de maneira uniforme dentro de cada Estado (o estudo testa as taxas de juros para financiamento de automóveis e de casas), variando essas taxas entre os Estados em que operam. O tratamento dado a pequenas e médias empresas (PME) também tem grande diferenciação. Bancos grandes emprestam proporcionalmente menos (em relação ao seu total de ativos) para PME's,⁷⁴ e quando o fazem, destinam os recursos às PME's maiores, mais antigas e mais seguras,⁷⁵ cobrando juros menores nesses casos.⁷⁶ Em suma, bancos grandes operam com modelos baseados intensivamente em dados, confiando menos no relacionamento com o cliente e, portanto, atendendo de forma inapropriada os chamados "clientes opacos".

3.2 A concorrência bancária no Brasil

A presença de uma estrutura de mercado não competitiva pode explicar não apenas a falta de modernização da indústria no Brasil, presa ainda ao modelo dos megabancos, mas poderia ser também uma explicação razoável para a limitação no crédito. Bancos agindo como monopólios ou oligopólios teriam um incentivo menor para aumentar sua eficiência, com reflexos no aumento do ágio e dos juros em geral, além da redução da oferta de crédito.

No Brasil, de fato, os bancos parecem não cumprir o seu papel como provedores de fundos para os investimentos produtivos em geral. A. Belaisch⁷⁷ ressalta que o sistema financeiro brasileiro é largamente dominado por bancos, mas sua participação nesse tipo de intermediação financeira é baixa. O tamanho do sistema bancário brasileiro, medido em termos de ativos como proporção do PIB, é comparável ao sistema bancário americano, mas o país tem apenas metade da proporção de em-

73. RADECKI, Lawrence J. The expanding geographic reach of retail banking markets. *FRBNY Economic Policy Review*, jun.-1998. p. 15-34.

74. BERGER, Allen N.; KASHYAP, Anil K.; SCALISE, Joseph M.; GERTLER, Mark; FRIEDMAN, Benjamin M. The transformation of the U.S. Banking Industry: what a long, strange trip it's been. *Brookings Papers on Economic Activity*, vol. 1995, n. 2, 1995. p. 55-218.

75. HAYNES, George W.; OU, Charles; BERNEY, Robert. Small business borrowing from large and small banks, *Business Access to Capital and Credit*. Edited by Jackson L. Blanton, Alicia Williams e Sherrie L. W. Rhine, Conferência de pesquisa do Federal Reserve System, 1999. p. 287-327.

76. CARTER, David A.; McNULTY, James E.; VERBRUGGE, James A. Do small banks have an advantage in lending? an examination of risk-adjusted yields on business loans at large and small banks. *Journal of Financial Services Research*, vol. 25, n. 2-3 (2004). p. 233-252.

77. BELAISCH, Agnes. Do brazilian banks compete? *IMF working paper* 03-113, 2003.

préstimos. Se comparado ao Chile, embora esses mesmos ativos sejam apenas 20% menores que os daquele país, o volume de financiamentos é de pouco mais de 1/3 do ali observado. De fato, o mercado de crédito no Brasil pode ser resumido por duas características: a oferta reprimida e o custo elevado.⁷⁸

No outro extremo, E. K. Tonooka e S. M. Koyama⁷⁹ chegam à conclusão diversa da de A. Belaish⁸⁰ através da análise de indicadores de concentração de mercado e do aumento de preços (juros) em doze modalidades de financiamento.⁸¹ Os autores discutem resultados que testam a relação entre lucratividade e índice de concentração, concluindo que tal teste poderia causar confusão com a hipótese de eficiência de H. Demsetz e de S. Peltzman.⁸² Como foi discutido anteriormente, por essa hipótese, o que determinaria o maior ganho não seria o poder de monopólio, mas sim os ganhos de eficiência.

O estudo de E. K. Tonooka e S. M. Koyama conclui pela falta de indícios da existência de poder de mercado derivada da concentração sem, entretanto, observar a hipótese de monopólios ou oligopólios regionais.⁸³ As constantes discussões sobre mercados relevantes em órgãos de defesa da concorrência aponta a importância de uma definição apropriada do mercado geográfico.

Ademais, ao examinar de forma conjunta o mercado de oferta de crédito para pessoas físicas e empresas, e ao não diferenciar entre pequenas e grandes empresas, os pesquisadores tornam difícil encontrar o efeito da concentração. De fato, estudos apontam que esse efeito seria maior para pequenas e médias empresas;⁸⁴ por-

78. FACHADA, P.; FIGUEIREDO, L. F.; LUNDBERG, E. Sistema judicial e mercado de crédito no Brasil. *Nota Técnica do Banco Central do Brasil* 35, 2003.

79. Taxa de juros e concentração bancária no Brasil. *Banco Central do Brasil, trabalho para discussão* 62, 2003.

80. Ref. 78 supra.

81. Aparentemente esses diferentes mercados não são tratados em separado, o que com certeza dificulta encontrar o efeito da concentração. Veja a respeito as referências na nota 85 mais à frente e texto acompanhando.

82. Respectivamente DEMSETZ, Harold. *Industry structure ...* Conforme nota 52 retro, e PELTZMAN, Sam. *The gains and losses...* Conforme nota 53 retro.

83. BERGER, A. N.; HANNAN, T. H. The price-concentration relationship in banking. *The Review of Economics and Statistics* 71:2 (1989). p. 291-299.

84. Existem estudos diferenciando as práticas de empréstimos de grandes ou pequenos bancos. DE YOUNG, Robert; HUNTER, William C.; UDELL, Gregory F. The past, present, and probable future of community banks. *Journal of Financial Services Research* 25:2-3 (2004). p. 85-133. Por exemplo, documentam a tendência dos pequenos bancos de emprestar mais para clientes locais, normalmente pequenas empresas. STEIN, Jeremy C.; Information production and capital allocation: decentralized vs. hierarchical. *Journal of Finance* 57:5 (2002). p. 1891-1921; e BERGER, Allen N.; UDELL, Gregory F. Small business credit availability and relationship lending: the importance of bank organizational structure. *Economic*

tanto, a inclusão de linhas de crédito direcionadas às grandes empresas no mesmo teste mascara os efeitos da cartelização. Mais ainda, a amostra no estudo é restrita ao ano de 2001; assim, os pesquisadores não avançam até 2003, período em que reconhecem existir grande aumento dos índices de concentração, capaz de levar a conclusões diferentes no teste.⁸⁵ Por fim, índices de concentração e participação de mercado são medidas imperfeitas de poder de mercado.⁸⁶

Para encontrar evidências da presença de estruturas não competitivas no setor bancário do Brasil, A. Belaisch,⁸⁷ seguindo a linha proposta por J. Panzar e J. Rosse,⁸⁸ analisou os custos marginais dos bancos, associando (conforme se discutiu anteriormente) um aumento nesses custos marginais a uma estrutura: (i) monopolista, se a produção e a receita total diminuírem com o aumento do custo marginal; (ii) de concorrência perfeita, se as receitas crescerem na razão de um para um; e (iii) oligopolista, se as receitas crescerem menos que proporcionalmente ao crescimento do custo marginal. A análise dos dados concluiu que os bancos agem de forma oligopolista, tanto as grandes instituições quanto as pequenas. A evidência de comportamento competitivo só foi encontrada entre os bancos de controle estrangeiro.

M. L. Nakane⁸⁹ chega à conclusão, em certo sentido, semelhante, descartando o regime de competição perfeita. Sua hipótese testa a resposta da oferta de empréstimos ao aumento da oferta de crédito de um banco, em situações de alteração da curva da demanda através do seu deslocamento e giro, usando assim o chamado Método das Variações Conjecturais. O autor rejeita a hipótese de concorrência perfeita e de monopólio ou cartel, concluindo que a estrutura do mercado fica entre os dois extremos. Foi utilizado no estudo o modelo dinâmico sugerido por F. Steen e K. G. Salvanes,⁹⁰ que estende a proposta de T. F. Bresnahan⁹¹ e L. J. Lau⁹² através de um modelo autorregressivo de defasagens distribuídas (ADL). O autor conclui que,

Journal 112:477, 2002. p. F32-F53. Argumentam a respeito das vantagens que pequenos bancos teriam para fazer tais empréstimos.

85. Essa concentração se tornou ainda maior após a Crise de 2008.

86. NAKANE, M. L. Concorrência e spread bancário: uma revisão da evidência para o Brasil. In LUNDBERG, E. L. (org.). *Economia bancária e crédito: avaliação de quatro anos do projeto juros e spread bancário*. Brasília: Banco Central do Brasil, 2003. p. 58-67.

87. Cf. nota 78 supra.

88. *Testing for "monopoly"...* Conforme nota 57 retro.

89. A test of competition in brazilian banking. *Banco Central do Brasil Working Paper Series* 12 (2001).

90. Testing for market power using a dynamic oligopoly model. *International Journal of Industrial Organization* 17 (1999). p. 147-177.

91. The oligopoly solution is identified. *Economic Letters* 10 (1982). p. 87-92.

92. On identifying the degree of competitiveness from industry price and output data. *Economic Letters* 10, (1982). p. 93-99.

se a estrutura de mercado não é de concorrência perfeita, seria ao menos altamente competitiva – M. L. Nakane salienta que, como o coeficiente observado em uma das regressões seria aparentemente perto de zero, a concorrência seria grande.⁹³

Além das críticas feitas ao modelo de variação conjectural (ou o Método do Parâmetro de Conduta, na terminologia de K. S. Corts),⁹⁴ a abordagem empregada por M. L. Nakane tem o inconveniente de apontar apenas o poder no mercado médio na indústria. A diversidade de mercados geográficos no Brasil, o tratamento agregado de produtos destinados às pessoas físicas e empresas de todos os tamanhos, além do tratamento indistinto de pequenos e grandes bancos, torna os resultados de pouca utilidade. Como observado anteriormente, S. Shaffer⁹⁵ estendeu a metodologia de forma a permitir a heterogeneidade entre diferentes setores e países, e para permitir a heterogeneidade de bancos também. S. A. Berg e M. Kim,⁹⁶ usando essa abordagem, conseguiram mostrar que o mercado bancário na Noruega apresentava sinais de exercício do poder no mercado nos empréstimos de varejo, com os empréstimos no mercado de atacado apresentando-se competitivos.

A forma da estrutura de mercado, caracterizada como concorrência imperfeita tanto por M. L. Nakane⁹⁷ quanto por A. Belaisch,⁹⁸ foi testada por F. C. Petterini e P. M. Jorge Neto.⁹⁹ Os autores analisam três soluções de equilíbrio no mercado de crédito bancário: o conluio, a competição Bertrand simples e a competição Bertrand por grupos.¹⁰⁰ Um teste de seleção de modelos usando a metodologia de Q. H. Vuong¹⁰¹ rejeita as duas primeiras soluções, assumindo então os autores que a estrutura mais compatível seria a Bertrand simples.

93. O autor não deixa claro como a magnitude do coeficiente sustenta sua conclusão, e deixa de fazer ressalvas que poderiam ser importantes. Por exemplo, a de que não se observa no estudo a delimitação geográfica ou de produtos adequada para tal avaliação, além das críticas levantadas por K. S. Corts, conforme *Conduct parameters (...)*, nota 64 retro e texto que acompanha.

94. Veja a discussão na introdução de seção 5.2, item *a*, retro.

95. SHAFFER, Sherrill. A test of competition in Canadian Banking. *Journal of Money, Credit and Banking*. vol. 25, n. 1, 1993. p. 49-61.

96. BERG, Sigbjorn A.; KIM, Moshe. *Banks as Multioutput...*, conforme nota 56 retro.

97. Cf. nota 90 supra.

98. Cf. nota 78 supra.

99. Competição bancária no Brasil após o plano Real. *VIII Encontro Regional de Economia do Nordeste*, Fortaleza, 2003.

100. Neste caso, cada grupo de bancos coordenaria quais preços/taxas deve cobrar, ou seja, existe o conluio dentro de cada grupo, mas existiria uma competição do tipo Bertrand entre os grupos.

101. Likelihood ratio tests for model selection and non-nested hypotheses. *Econometrica* 57 (1989). p. 307-333.

Essa conclusão, indicando a solução Bertrand como equilíbrio, implicaria um mercado próximo ao de concorrência perfeita, com os participantes auferindo lucro econômico zero. I. C. Ribeiro¹⁰² sugere uma solução Cournot,¹⁰³ o que determinaria taxas de juros maiores.¹⁰⁴ O estudo mede o efeito sobre as taxas de juros de uma concentração relativamente pequena, expressa pelo episódio da compra do Banco Fiat pelo Banco Itaú. Ocorrida em dezembro de 2002, a compra fez com que um banco sem interesse em limitar as quantidades financiadas passasse a operar dentro do padrão de comportamento oligopolista dos bancos não vinculados às montadoras. O autor chega a dois resultados interessantes, o primeiro mostrando que uma concentração pequena em um mercado específico, como o de financiamento de automóveis, resultou em um aumento de longo prazo das taxas de juros de 4,3%, muito maior do que o proporcionado pela incerteza jurídica nesses mesmos contratos. Verifica-se, assim, a importância da segmentação do mercado financeiro por produto, principalmente de substitutos da oferta, já que o estudo examina apenas o financiamento de veículos.

O segundo resultado diz respeito à apropriação pelo sistema financeiro da redução de custo decorrente da melhora do judiciário. A edição de súmulas reduziu muito a quantidade de ações judiciais para a revisão de contratos de financiamento, entretanto, os bancos não repassaram à taxa de juros a redução que seria esperada. Observa-se que depois do pico em 2001 no número de ações judiciais pedindo a revisão de contratos de financiamento de veículos, a edição de súmulas e as consistentes decisões em favor dos bancos trouxeram o volume de ações judiciais de volta ao volume observado em 1994, sem nenhum proveito para seus clientes.

A análise de resultados empíricos, como se verifica, deve levar em conta o seu grau de acuidade e a adequação dos modelos econométricos e jurimétricos. A aferição da robustez dos resultados deve levar em conta fatores geográficos, diferenciação de produtos e porte dos bancos. Pode-se dizer que a preocupação com a adequada delimitação geográfica dos mercados relevantes foi o que garantiu efetividade ao direito antitruste americano, no que se refere à manutenção de um sistema bancário competitivo. Nesse sentido, um dos casos paradigmáticos na solução de possível conflito entre a regulação financeira e o direito antitruste refere-se à concentração em apenas um condado. Em *United States v. Third National Bank*, a

102. *A influência da insegurança jurídica sobre as taxas de juros na alienação fiduciária*. CAVALCANTI, N. R.; RIBEIRO, I. C. *Crédito imobiliário*. São Paulo: Instituto Tendências de Direito e Economia, 2005.

103. Neste caso a competição se desloca para a quantidade produzida, resultando em uma produção entre a de monopólio e a de concorrência perfeita.

104. Cf. TIROLE, J. *The theory of industrial organization*. Cambridge: MIT, 1989. Especialmente cap. 5.

Suprema Corte se manifestou sobre a fusão do Third National Bank in Nashville e o Nashville Bank and Trust Co., respectivamente o 2.º e o 4.º maiores bancos no condado de Davidson, no estado do Tennessee.¹⁰⁵ A concentração elevaria o CN3 por total de ativos para 97,9% e o CN2 para 76,7% em uma região com pouco menos de 400 mil habitantes.

4. CONCORRÊNCIA E ESTABILIDADE

A relação entre concentração, concorrência e estabilidade não é clara do ponto de vista dos modelos teóricos. F. Allen e D. Gale examinam a questão, procurando investigar a visão convencional de que existiria uma troca entre competição e estabilidade.¹⁰⁶ Os autores examinam modelos de equilíbrio geral para a intermediação financeira, modelos do tipo agente e principal, concorrência geográfica, concorrência Schumpeteriana e contágio. Os resultados variam conforme a especificação desses modelos, ora endossando a existência da troca, ora estabelecendo uma relação positiva entre concorrência e estabilidade.

J. H. Boyd e G. De Nicoló apresentam um modelo segundo o qual o contrato ótimo entre o banco e o tomador de recursos deve ser rentável o suficiente de forma a reduzir o risco moral. Os autores insistem em que a direção da relação entre concentração e estabilidade não é clara, e o mecanismo que descrevem associa uma maior competição com maior estabilidade.¹⁰⁷

J. M. P. de Mello, que também examina o trabalho de J. H. Boyd e G. De Nicoló, aponta dois mecanismos através dos quais a maior concorrência leva à maior estabilidade.¹⁰⁸ O primeiro deles seria o de que a maior competição levaria à maior eficiência, aumentando a estabilidade. O segundo mecanismo torna a concentração danosa, pois o exercício de poder no mercado implicaria na cobrança de juros maiores do tomador, resultando em: (i) custos maiores do empréstimo, aumentando a chance de inadimplência e (ii) reduzindo o valor presente do investimento do tomador, o que, combinado à responsabilidade limitada, aumenta o incentivo para que o tomador faça a substituição do investimento por um de maior risco.

Uma segunda visão convencional relaciona a desregulação com maior instabilidade. O mecanismo operaria com a desregulação levando a uma situação de

105. 390 U.S. 171 (1968).

106. A crença na existência dessa troca está na base das regulações que se seguiram à Crise de 1929 e às corridas bancárias do início dos anos 30. Medidas como a limitação da taxa de juros em depósitos e a separação entre atividades de banco comercial e de investimento partem de um pressuposto de que seria necessário evitar o excesso de competição.

107. BOYD, John H.; DE NICOLÓ, Gianni. The theory of bank risk taking and competition revisited. *The Journal of Finance*. vol. 60 (3), 2005. p. 1329-1343.

108. DE MELLO, João M. P. *Estrutura, concentração...* Conforme nota 4 retro, p. 113-114.

risco moral, com a tomada de maior risco pelos agentes, resultando nos episódios de crise. Em diversos países, iniciativas de liberalização financeira teriam levado à formação de bolhas de crédito, em muitos casos, no setor imobiliário. O resultado, em função da pouca experiência tanto das instituições financeiras quanto dos reguladores em manter o controle adequado dos riscos, foi em geral uma explosão das perdas, gerando corridas e pânico financeiros. F. S. Mishkin faz um resumo de diversos episódios de resgate de bancos na esteira da liberalização dos anos 80, todos seguindo esse roteiro (veja Tabela 1).¹⁰⁹

Tabela 1 – O custo de resgatar bancos em diversos países

Data	País	Custo (% do PNB)
1980-1982	Argentina	55
1997 – não terminada em 2002	Indonésia	50
1981-1983	Chile	41
1997 – não terminada em 2002	Tailândia	33
1997 – não terminada em 2002	Coreia do Sul	27
1997 – não terminada em 2002	Malásia	16
1994-1997	Venezuela	22
1995	México	19
1990 – não terminada em 2002	Japão	20
1989-1991	República Tcheca	12
1991-1994	Finlândia	11
1991-1995	Hungria	10
1994-1996	Brasil	13
1987-1993	Noruega	8
1998	Rússia	5-7
1991-1994	Suécia	4
1984-1991	Estados Unidos	3

Fonte: MISHKIN, Frederic S. *The economics of money, banking, and financial markets*. 7. ed. Boston: Pearson-Addison Wesley, 2004. p. 280. Compilado com dados de KLINGEBIEL, Catiela; LAEVEN, Luc (eds.). *Managing the real and fiscal effects of banking crises. Artigo para Discussão do Banco Mundial*, n. 428, Washington: Banco Mundial, 2002.

O Brasil também passou por essa experiência, com a necessidade de socorro que gerou o Proer e o Proes. Em relação aos episódios de instabilidade financeira que se

109. MISHKIN, Frederic S. *The economics of money...* Conforme nota 16 retro, p. 280-284.

seguiram à quebra do Lehman Brothers, com frequência se menciona a resiliência do país ao episódio. A regulação e a supervisão parecem ter funcionado melhor aqui do que em outras partes do mundo, mas é certo também que o Brasil se encontrava na época bem no início do ciclo de expansão de crédito.¹¹⁰ Avaliações mais recentes do episódio, entretanto, deixam antever uma situação menos otimista do desempenho do Brasil.

Observa-se que durante a crise os depositantes foram tomados de certo pânico, retirando seus recursos de instituições menores e aplicando-os nos grandes bancos. A percepção seria de que o governo não deixaria os bancos maiores quebrarem; assim, essas instituições receberam todo o benefício da garantia implícita de socorro. Esses mecanismos serão examinados em profundidade no capítulo 6, e por hora interessa verificar a extensão da fuga de recursos durante a Crise de 2008.

R. F. Oliveira, R. F. Schiozer e L. A. B. Barros compararam o comportamento dos depositantes que não gozavam da proteção do Fundo Garantidor de Crédito com o comportamento da massa total de depositantes. Eles também examinaram as características dos detentores de certificados de depósito, de forma a identificar o comportamento de investidores institucionais, de investidores individuais e de empresas não financeiras.

O resultado é que, de forma geral, depositantes transferiram seus recursos para os maiores bancos do país. Esse efeito foi maior para os depósitos não segurados, quando comparados com o total de depositantes. Investidores institucionais transferiram mais recursos, quando comparados com as empresas não financeiras. De forma geral, a resposta dos depositantes aos fundamentos de cada banco foi bastante fraca, o que é consistente com a configuração típica de uma corrida.

M. Mesquita e M. Torós examinam a gestão que o Banco Central fez da Crise de 2008 no Brasil.¹¹¹ Os autores notam inicialmente que as instituições menores conseguiram aumentar sua base de capital no período anterior à Crise, iniciando então um esforço de aumento das carteiras de crédito. Essas instituições ficaram vulneráveis a uma contração de liquidez, já que os recursos para a expansão do crédito, nas instituições pequenas, dependem da colocação de depósitos a prazo ligada a uma quantidade limitada de investidores institucionais. Os grandes bancos, em contrapartida, obtêm recursos por meio de depósitos à vista, bastante pulverizados.

110. Concorde-se, nesse ponto, com a avaliação de M. Garcia e F. Giambiagi, expressa na apresentação de GARCIA, Márcio; GIAMBIAGI, Fabio. *Risco e regulação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. IX-XVI.

111. MESQUITA, Mário; TORÓS, Mário. Gestão do Banco Central no pânico de 2008. In GARCIA, Márcio; GIAMBIAGI, Fabio. *Risco e regulação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 111-123. Especialmente nas conclusões, p. 189-206.

Tabela 2 – Utilização da disponibilidade de liquidez no SFN

Classe	08.09.2008 – 12.09.2008		06.10.2008 – 10.10.2008		17.11.2008 – 21.11.2008	
	Qtd. de conglomerados	Part. nos pgtos (%)	Qtd de conglomerados	Part. nos pgtos (%)	Qtd de Conglomerados	Part. nos pgtos (%)
0-30%	83	90,8	29	75,5	88	94,8
30-70%	20	8,8	35	19,1	15	4,2
70-100%	3	0,4	41	5,3	3	1,0

Fonte: MESQUITA, Mário; TORÓS, Mário. Gestão do Banco Central no pânico de 2008. In GARCIA, Márcio; GIAMBIAGI, Fabio. *Risco e regulação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 193, Tabela 13.1.

O trabalho mostra como após 15.09.2008, data da quebra do Lehman Brothers, um grande número de instituições passou a comprometer entre 70% e 100% de suas reservas de liquidez (veja Tabela 2). O volume de pagamentos afetado pela maior utilização da liquidez, entretanto, foi pequeno, o que reforça a constatação de que houve uma fuga de depósitos das instituições menores para as maiores.

5. CONCLUSÕES

Dogmas relativos a regulação e concorrência bancária têm sido revistos na última década, sobretudo depois da Crise Financeira de 2008. Conceitos como o do *valor de franquia*, segundo o qual bancos deviam gozar de certo poder de monopólio e acumular recursos, para dessa forma resistir melhor às intepéries, não encontram mais sustentação teórica ou empírica.

O movimento inicial de desregulação passou a ser entendido como de *re-regulação*. Saem as normas capazes de restringir a competição, substituídas pelas normas prudenciais, notadamente as regulações dos quesitos de capital e limites de exposição ao risco. A ideia de uma suposta troca entre concorrência e estabilidade deixou de seduzir acadêmicos e autoridades públicas. Hoje se reconhece amplamente o papel da disciplina de mercado para garantia da estabilidade. Bancos e instituições ineficientes devem fechar, deixando apenas as instituições saudáveis e competitivas no mercado. A associação entre competição e estabilidade é positiva: quanto maior a concorrência, maior estabilidade.

Por fim, para alcançar uma operação eficiente, essas instituições se especializam cada vez mais, enfrentando os desafios da desintermediação financeira e da concorrência de instituições não-bancárias e até não-financeiras. Atividades típicas tem sido fatiadas, com novos agentes prestando serviços mais eficientes. A cena mundial é a de um mercado cada vez mais fragmentado, com instituições focadas, ágeis e estáveis.

Infelizmente, no Brasil, observamos a tendência contrária, com a concentração cada vez maior do setor, por vezes ao arrepio mesmo da lei concorrencial. O país ainda está por pagar o preço dessa concentração excessiva, algo que deveria estar na mira das autoridades reguladoras.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A defesa da concorrência sob a perspectiva dos entes de regulação: uma análise crítica, de Marcelo de Oliveira Milagres – *RIBRAC* 9/307 (DTR\2011\5020);
- A reforma do sistema financeiro Norte-Americano, de Ruy Pereira Camilo Jr. – *RDB* 54/59 (DTR\2011\5167);
- Notas sobre a crise financeira de 2008, de Jairo Saddi – *RDB* 42/33 (DTR\2011\2695);
- O papel da supervisão bancária pelas entidades governamentais reguladoras durante a crise de 2007-2009: uma análise do setor bancário canadense, de Marc Lacoursière – *RDC* 95/51 (DTR\2014\8987); e
- Regulação, empresa e política de concorrência, de Marcos Vinicio Chein Feres – *RIBRAC* 9/235 (DTR\2011\5016).

CONCORRÊNCIA EFETIVA E POTENCIAL ENTRE AEROPORTOS: APLICAÇÃO AO CASO GALEÃO X GUARULHOS

JORGE FAGUNDES

Doutor pela UFRJ.

MARISLEI NISHIJIMA

Profa. Doutora da EACH-USP.

MARCOS ANDRÉ DE MATTOS LIMA

Mestre pela UFRGS.

MARIA MARGARETE DA ROCHA

Doutora pela FEA-USP.

CÉSAR MATTOS

Doutor pela UnB.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial

RESUMO: O aumento da demanda por serviços aeroportuários, derivado do incremento do tráfego de passageiros nas últimas décadas, aliado aos processos de desregulamentação e privatização do setor, incrementou a competição efetiva e potencial entre os aeroportos e afastou a visão tradicional de que os mesmos seriam monopólios naturais. Neste contexto, é realizada avaliação, levando em consideração os aeroportos do Galeão/RJ e de Guarulhos/SP, dos principais aspectos relacionados à identificação do grau de concorrência entre aeroportos. Conclui-se que a concorrência entre os principais aeroportos do Brasil estaria *ameaçada* na hipótese de que ambos fossem controlados pelos mesmos consórcios ou consórcios coligados, por motivos já consagrados na doutrina e jurisprudência antitruste, inclusive nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Aeroportos – Concorrência – Regulação – Mercado de dois lados – Concessão.

ABSTRACT: The increase in the airport services' demand, related to the increase in the number of airplane passengers in the last decades, together with deregulation of the airline markets and airport privatization, has raised potential and effective competition between airports and is progressively changing the traditional point of view, that airports are natural monopolies. In this context, this paper discusses, considering Galeão/RJ and Guarulhos/SP airports, the main aspects related to the competition among airports. The conclusion is that the competition among airports in Brazil would be threatened by the possibility that the same economic group (or related groups) controls both airports, by the national and international doctrines.

KEYWORDS: Airports – Competition – Regulation – Two-sided markets – Concession.

SUMÁRIO: I. Introdução – II. Dinâmica competitiva de aeroportos: II.1 Atividades dos aeroportos e formas de competição; II.2 Características econômicas dos aeroportos e concorrência: II.2.1 Mercado de dois lados; II.2.2 Estrutura de custos; II.2.3 Importância da concorrência na margem; II.3 Aumento da competição entre aeroportos: II.3.1 Poder de compra e substituição de aeroportos por empresas aéreas; II.3.2 Substituição dos aeroportos por passageiros; II.3.3 Evidência do aumento da concorrência entre aeroportos europeus; II.4 Identificação do grau de concorrência entre aeroportos: mercado relevante; II.5 Concorrência espacial e eficiência – III. Aeroportos: concessão, concorrência e regulação: III.1 Regulação pró-concorrencial e participação cruzada; III.2 Variáveis concorrenciais, regulação e espaço para a concorrência: III.2.1 Descontos; III.2.2 Reajustes do *price cap* e incentivo à concorrência por qualidade – IV. Concorrência entre Galeão e Guarulhos: IV.1 Características de GIG e GRU: IV.1.1 Localização e distância; IV.1.2 Capacidade das pistas; IV.1.3 Empresas aéreas; IV.1.4 Conexões e voos de longa distância; IV.1.5 Carga; IV.1.6 Slots; IV.1.7 Hubs; IV.1.8 Conclusão da seção; IV.2 Concorrência via preços e GRU e GIG: IV.2.1 Concorrência por passageiros; IV.2.2 Concorrência por empresas aéreas: IV.2.2.1 Tarifa de pouso; IV.2.2.2 Tarifa de permanência; IV.2.2.3 Tarifa de conexão; IV.2.2.4 Comparação internacional de tarifas; IV.2.3 Concorrência por cargas: tarifas de armazenagem e *capatazia*; IV.3 Concorrência por qualidade; IV.4 Concorrência por comparação (*Yardstick Competition*); IV.5 Outros benefícios; IV.6 Conclusão da seção – V. Participações cruzadas minoritárias e concorrência: V.1 Doutrina; V.2 Exemplo de jurisprudência do SBDC; V.3 Exemplos de outras jurisdições para aeroportos; V.4 Conclusão da seção – VI. Conclusão – VII. Referências bibliográficas.

I. INTRODUÇÃO

O aumento da demanda por serviços aeroportuários, derivado do incremento do tráfego de passageiros nas últimas décadas, aliado aos processos de desregulamentação e privatização do setor, incrementou a competição efetiva e potencial entre os aeroportos e afastou a visão tradicional de que os mesmos seriam monopólios naturais. Evidentemente, o papel das forças competitivas na determinação da conduta e da *performance* dos operadores aeroportuários depende de diversos fatores, dentre os quais se destacam o arcabouço regulatório, a configuração societária dos operadores e as características dos conjuntos de aeroportos de uma dada região ou País.

O arcabouço regulatório define o espaço potencial da concorrência. No limite, esse espaço pode ser nulo, com todas as variáveis relevantes das estratégias comerciais e de investimentos dos operadores – públicos ou privados – sendo arbitradas pelo regulador. No outro extremo, tal espaço pode ser máximo, no caso em que a regulação seja exclusivamente *ex post* e reativa, na forma antitruste. Na maior parte dos casos, regulação e competição coexistem, como no caso do setor de telecomunicações.

Destaca-se, portanto, o fato de que as determinações contidas em contratos de concessão, por exemplo, não eliminam em absoluto o espaço da concorrência e seus efeitos benéficos sobre a eficiência estática e dinâmica do setor aeroportuário nacional: a existência de concorrência viabiliza o surgimento de fortes incentivos de mercado para que os concessionários adotem estratégias de investimento e pre-

ço que vão *além* das obrigações contidas no contrato de concessão, que, por definição, é *incompleto*.

A configuração societária dos operadores é fundamental para garantir a independência das estratégias dos operadores de aeroportos potencialmente concorrentes, além de evitar a geração de incentivos para comportamentos discriminatórios contra rivais não integrados. No primeiro caso, trata-se de coibir *ex ante* as participações cruzadas entre os acionistas de aeroportos concorrentes, ou, de modo mais geral, a existência de influência decisiva de um mesmo conjunto de acionistas em dois ou mais aeroportos potencialmente concorrentes, fato que implicaria a coordenação de estratégias e a supressão das pressões competitivas. No segundo caso, a restrição à participação de empresas aéreas no capital do operador aeroportuário visa eliminar estruturalmente os conhecidos problemas derivados da integração vertical em serviços de infraestrutura.

As características específicas dos aeroportos de uma dada região ou País irão determinar aqueles que efetivamente podem competir entre si – por exemplo, um pequeno aeroporto regional com permissão para operar – ver item IV.1.6 *Slots*

Os executivos e limitações estruturais de espaço jamais será um competidor efetivo de um aeroporto de grande escala servindo a empresas de aviação comercial *full service*, mesmo que ambos estejam na mesma localidade ou tenham áreas de influência similares – e as formas de competição cabíveis em cada caso, tais como concorrência por voos domésticos ponto a ponto com sobreposição de suas *catchment areas* ou concorrência por *hubs* ou conexões entre aeroportos situados em cidades distintas.

Para ilustrar a discussão constante deste artigo é avaliada a concorrência entre os aeroportos do Galeão no Rio de Janeiro e de Guarulhos em São Paulo.

Este documento se encontra dividido em mais quatro seções. A primeira trata da dinâmica competitiva entre aeroportos em geral e das relações existentes entre regulação e concorrência. Na segunda, há uma breve análise do contrato de concessão do GIG e das implicações concorrenciais de suas cláusulas, além da apresentação do grau de competição efetivo e potencial entre os aeroportos de Guarulhos e do Galeão. A terceira apresenta a doutrina e a jurisprudência nacional sobre os impactos das participações cruzadas sobre a concorrência. Por fim, são apresentadas as conclusões deste documento.

II. DINÂMICA COMPETITIVA DE AEROPORTOS

II.1 Atividades dos aeroportos e formas de competição

Aeroportos basicamente vendem serviços *aeronáuticos* (tais como uso da pista, do pátio, terminais, entre outros) principalmente para companhias de aviação comercial, de carga ou passageiros. Tais companhias aéreas, por seu turno, vendem

essencialmente assentos para passageiros e espaço de carga para outras empresas ou pessoas físicas. Os aeroportos, ou seus concessionários, também vendem serviços comerciais (estacionamento, por exemplo) diretamente para os passageiros. As atividades usualmente realizadas em um aeroporto são listadas a seguir, conforme delimitação de Betancor e Rendeiro (1999).

Figura 1: atividades dos aeroportos

Operacional	Handling	Comercial
Controle de tráfego aéreo	Limpeza das aeronaves	Duty Free shops
Serviços meteorológicos	Provisionamento de eletricidade e combustível	Outras lojas
Telecomunicações	Carregamento e descarregamento de bagagem	Restaurantes e bares
Segurança	Processamento de passageiros, bagagem e frete	Serviços de Lazer
Bombeiros, ambulância e primeiros socorros		Hotel
Manutenção da pista		Bancos
		Aluguel de carros e estacionamento
		Facilidades para comunicações
	Serviços aeronáuticos e correlatos	Serviços não aeronáuticos

Fonte: Betancor e Rendeiro (1999)

Dessa forma, as *companhias aéreas*, como destacam Fiuza e Pioner (2009), apresentam demandas por:

- a) pista;
- b) estacionamento de aeronave;
- c) espaço de *check in*, balcão de informações e lojas de passagens, e
- d) instalações para empresas de manutenção, comissária, limpeza, manuseio em solo (*ground handling*) e segurança.

Quanto à demanda por *pontos comerciais*, as mesmas relacionam-se a interessados na exploração dos seguintes serviços:

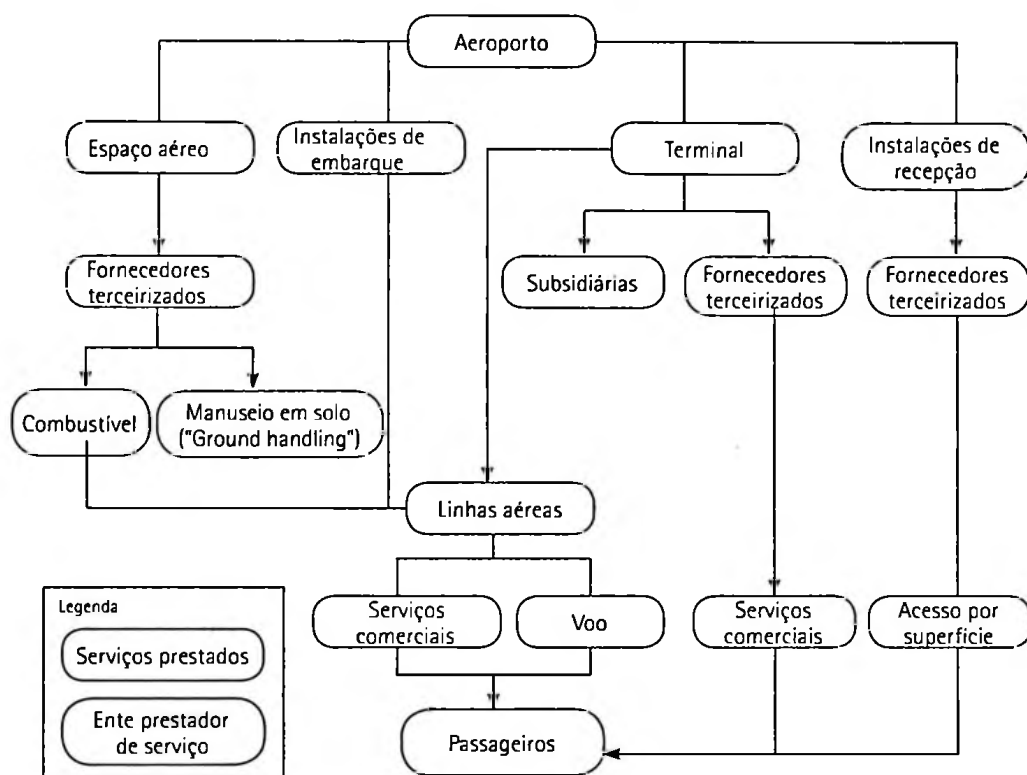
- a) lojas;
- b) restaurantes;
- c) locadoras de automóveis;
- d) estacionamento, e
- e) hotel.

Os *consumidores finais* dos serviços oferecidos nos aeroportos, seja por companhias aéreas ou pelos agentes que exploram os pontos comerciais, são os passageiros, que podem ser segregados de acordo com três possibilidades:

- a) número de conexões em seus voos;
- b) distância dos voos: curta ou longa duração, e
- c) tipo de voo: doméstico ou internacional.

O esquema constante da figura abaixo, baseado na realidade dos aeroportos britânicos e preparado pela CAA (2006), resume as relações comerciais em aeroportos. Observe-se, portanto, que os aeroportos são plataformas de oferta de múltiplos e diferentes tipos de serviços para empresas e pessoas físicas de distintas naturezas.

Figura 2: relações comerciais em aeroportos britânicos



Fonte: CAA (2006)

Já o alcance da competição entre aeroportos é identificado por Pavlyuk (2012), nas seguintes dimensões:¹

- a) concorrência por passageiros com aeroportos vizinhos em mercado local;

1. Ver também EC (2002).

- b) competição como local de destino (para turistas, negócios etc.);
- c) competição por passageiros com outros modais (trens de alta velocidade etc.);
- d) competição por tráfego de conexão;
- e) concorrência por transporte de carga;
- f) competição por contratos com as companhias aéreas, e
- g) concorrência por serviços não aeronáuticos (estacionamento de veículos, lojas e outros).

Em particular, a competição entre aeroportos situados em cidades distintas e não vizinhas ocorre por meio das formas (b) a (f) acima mencionadas.

Neste processo de competição entre aeroportos, merece destaque os esforços realizados para a atração de companhias aéreas de transporte de passageiro e carga (itens (a), (b), (d), (e) e (f)), uma vez que algumas dessas companhias são mais sensíveis a alterações nas tarifas aeroportuárias, tais como:

- a) companhias aéreas de baixo custo;
- b) empresas aéreas que operam com voos fretados;
- c) empresas aéreas com tráfego de passageiros em conexão de voos de longa distância, e
- d) empresas de transporte aéreo de carga.

Segundo a Comissão Europeia (2002), as três primeiras categorias são as mais sensíveis às variações nas tarifas aeroportuárias, uma vez que, na maior parte das vezes, possuem grande parcela de passageiros muito sensíveis aos preços das passagens aéreas.

Em especial, a concorrência por conexão de voos de longa distância, ou seja, para que os aeroportos funcionem como *hubs*, permite a concorrência entre aeroportos bem distantes. Como destaca Hancioglu (2008), para voar dos EUA para as Ilhas Maurício, um passageiro passará por algum aeroporto usado como *hub* na Europa, na Ásia ou no Oriente Médio.

11.2 Características econômicas dos aeroportos e concorrência

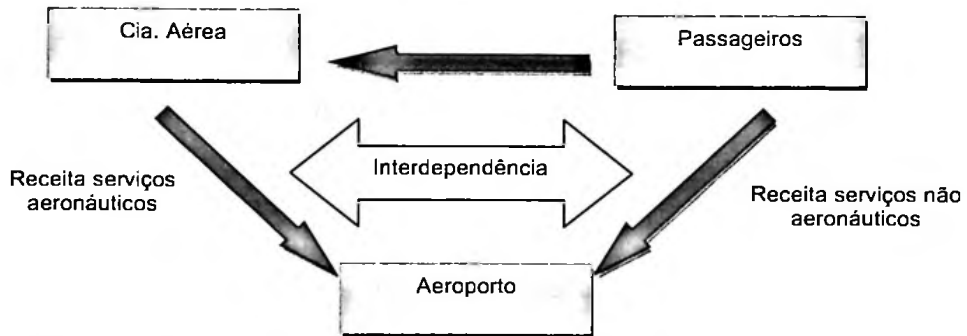
11.2.1 Mercado de dois lados

Os aeroportos podem ser entendidos como *plataformas* de mercados de dois lados que conectam as companhias aéreas (e seus voos) e os passageiros ou cargas.

Quanto maior o número de companhias aéreas, destinos e frequência de voos, maior o volume de passageiros e de carga. Por outro lado, quanto maior a quantidade de passageiros, maior o interesse das companhias aéreas em realizar operações naquele aeroporto. As externalidades de um lado do mercado sobre o outro serão inequivocamente positivas.

O esquema a seguir ilustra esta dinâmica e a interdependência existente entre os dois lados da plataforma.

Figura 3: mercado de dois lados – aeroportos



Fonte: FA Consultoria

Segundo a autoridade aeronáutica britânica *Civil Aviation Authority* (CAA – 2010), por conta dos serviços comerciais dos aeroportos, haveria, inclusive um terceiro lado:

“In the case of airports as a platform, airlines value the airport being popular amongst travelers and passengers value the airport being able to offer a wide range of airlines and destinations. *In fact an airport is a multi-sided, not a two-sided platform.* For example passengers also value a wide-range of retail outlets and hotels while retailers and hotels value being located where a large number of potential customers are present.”

Neste contexto, um operador aeroportuário maximizador de lucros incentivará o incremento no movimento dos múltiplos lados do mercado. Os preços por ele praticados levarão em consideração os efeitos de rede, fato que *amplifica* os efeitos benéficos da concorrência estática (por preço e qualidade) e dinâmica (investimentos em infraestrutura), efetiva e potencial, entre aeroportos.

11.2.2 Estrutura de custos

Importante ressaltar que pela natureza das atividades dos aeroportos seus custos são na maior parte fixos resultado do elevado investimento em infraestrutura e também por alguns custos operacionais, como segurança. Isso faz com que os aeroportos tenham incentivo para atração de tráfego de voos e pessoas (ou carga) para diluir tais custos. Este incentivo, segundo estudo da Copenhagen Economics (2012), foi acentuado recentemente pelo aumento da importância das receitas relacionadas às atividades comerciais, tais como lojas e estacionamento.

Além disso, aeroportos necessitam possuir, segundo estimativa apresentada nos artigos de Doganis (1992) e Salazar De La Cruz (1999), no mínimo movimento entre 3 e 3,5 milhões de passageiros por ano para que operem em uma escala competitiva.² Na opinião dos próprios autores, mesmo que tais números possam se alterar dependendo do caso avaliado, há fortes indícios fortes da existência de economias de escala (e escopo) neste mercado, que impede que aeroportos de menor porte possam competir de forma eficiente com os aeroportos maiores.

Ambos os fatores geram incentivos para que, diante da concorrência, os aeroportos busquem estratégias agressivas de preços e qualidade, visando ocupar sua capacidade instalada e evitar perdas de economias de escala e reduções de margem de rentabilidade.

11.2.3 Importância da concorrência na margem

Os efeitos de rede e a presença de custos fixos elevados implicam a importância da *concorrência na margem*. Em outras palavras, os consumidores marginais, aqueles dispostos a mudar de aeroporto, devem ser o foco das discussões sobre substituição entre aeroportos, sobretudo na ausência de possibilidade de discriminação nas tarifas aeroportuárias. Com efeito, perdas marginais de tráfego de passageiros ou de rotas de empresas de aviação têm fortes efeitos sobre as receitas totais e sobre a rentabilidade do operador aeroportuário. Como afirma o CAA (2006):

“(...) the economics of airport businesses means that a relatively small change in passenger numbers has the potential to have a relatively large impact on profitability. This is a consequence of a significant proportion of costs being fixed in nature, coupled with the leveraging effect on revenues that is created by retail activities. That is, a fall in passenger numbers and/or aircraft movements will reduce net revenues from retailing activities as well as from airport charges made to airlines. In consequence, an airport operator's incentive to raise prices to supra-competitive levels is somewhat dampened (at least compared with a situation in which there is significantly greater variability in costs). Put another way, it may require only the prospect of passenger and/or airlines choosing to switch a modest fraction of their custom away from an airport to deter a contemplated price increase.”

11.3 Aumento da competição entre aeroportos

Dois aspectos importantes no incremento da concorrência no setor aeroportuário envolvem a maior facilidade e disposição para *substituição* entre aeroportos por parte dos passageiros e das companhias aéreas.

2. Tais autores afirmam, portanto, que haveria retornos crescentes de escala até a marca de 3/3,5 milhões de passageiros por ano, retornos constantes de escala entre 3/3,5 milhões e 12,5 milhões de passageiros/ano e retornos decrescentes de escala a partir desta movimentação.

II.3.1 Poder de compra e substituição de aeroportos por empresas aéreas

Especificamente sobre a disposição das companhias aéreas em substituir serviços de um aeroporto por outro, pode-se destacar a redução dos *switching costs*, que está relacionado à maior propensão dos passageiros em acompanhar tal troca, principalmente aqueles que viajam a lazer ou que estão fazendo voos mais longos. Nestes casos, o passageiro está mais disposto a ajustar seu itinerário em função dos preços das passagens aéreas.

Segundo CAA (2011), a substituição pode ocorrer das seguintes maneiras:

- a) as companhias aéreas podem reduzir a frequência de determinados voos, ou
- b) as empresas de aviação podem mudar a rota inteiramente, passando a voar para outro aeroporto de destino ou origem, com o novo aeroporto podendo ser, inclusive, em cidade *distinta* daquela atendida pela rota original.

Os *switching costs* são diferentes em cada uma das duas situações listadas acima, sendo menores no primeiro caso. No entanto, como uma parte crescente dos passageiros tende a acompanhar tal movimentação, em busca de menores preços de passagens, em ambos os casos os custos de mudança são *menores* do que já foram no passado.

Esta maior propensão a trocar de aeroportos em busca de incremento de eficiência implica o aumento do poder de barganha das companhias aéreas na negociação com aeroportos, reduzindo, quando há competição, a possibilidade de exercício de poder de mercado pelos aeroportos.

Importantes indícios da maior propensão das companhias aéreas em substituir aeroportos na Europa, seja de origem, destino ou conexão, são apresentados no estudo da CE (2012), conforme listado abaixo:

- a) inauguração de 2.500 rotas em 2011 e encerramento de cerca de 2.000 no mesmo ano;
- b) alta taxa de mudanças (*churn*) nas rotas existentes, e
- c) troca de bases e *hubs* – companhias aéreas também trocam de bases em aeroportos específicos.

II.3.2 Substituição dos aeroportos por passageiros

Do lado dos passageiros, a maior propensão a mudanças de aeroportos deriva dos seguintes fatores:

- a) o aumento no nível de renda dos passageiros e redução nos preços das passagens nos últimos anos, determinado a ampliação do mercado de transporte aéreo;
- b) a possibilidade de reservar passagens pela Internet, que reduziu o custos de busca e de troca por parte de passageiros;

c) o incremento da sensibilidade aos preços das passagens aéreas, tendo em vista o aumento do tráfego de passageiros que viajam a lazer. Estes passageiros têm como principal variável de escolha os preços, não se importando tanto com o número de escalas/conexões e nem a necessidade de maiores deslocamentos para a origem de seus voos, e

d) o maior desenvolvimento do turismo, que produziu o aumento do número de voos e, conseqüentemente, dos passageiros internacionais. Dessa forma, os aeroportos e as respectivas cidades nas quais estão instalados, passam a competir como destino final desses turistas.

Note-se que todos esses fenômenos já estão presentes no mercado nacional, cujo potencial de crescimento, no entanto, é muito maior do que o observado no maduro mercado europeu.

11.3.3 Evidência do aumento da concorrência entre aeroportos europeus

O mercado europeu é uma importante referência para a evolução do mercado nacional, uma vez que se trata de um mercado mais maduro, com diversos aeroportos administrados pela iniciativa privada. É, portanto, um mercado que apresenta, em larga medida, concorrência entre os aeroportos, sendo assim uma boa base de comparação para o futuro do setor no Brasil.

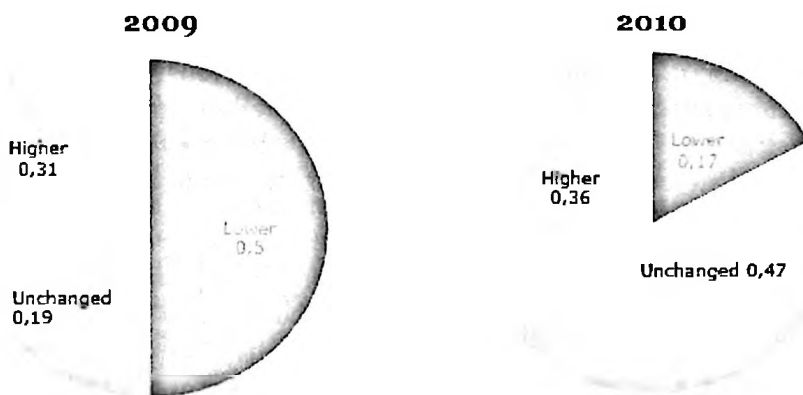
Segundo a Copenhagen Economics (2012):

“Therefore, competition will play out amongst the increasing number of those passengers who have a choice between airports and amongst airlines, the latter now free to fly between any two points in Europe. As a result, airport behavior is constrained by the presence of competing airports and by the willingness of sufficient passengers and airlines to take their business elsewhere if price or quality is not satisfactory. While this sensitivity of consumers to changes in price or quality, and any associated assessment of market power, will vary from airport to airport, there is substantial evidence that the competitive pressures on airports generally are increasing, with a disciplining effect on their behavior.”

O acirramento da competição se reflete no comportamento dos dados disponíveis sobre as tarifas praticadas pelos aeroportos. De fato, verifica-se que na maior parte dos casos tem havido redução das taxas aeroportuárias em 2009 e 2010.³

3. Note-se que houve na maior parte dos casos redução em 2009 e manutenção de uma base já reduzida em 2010.

Figura 4: mudanças nas tarifas aeroportuárias

Figure 5.11 Changes in airport charges, 2009 and 2010

Source: ACI Europe, 'Economics report', 2010 and 2011.

Fonte: Copenhagen Economics (2012)

Com base nas evidências encontradas, o estudo da Copenhagen Economics defende uma *ampliação do papel da competição entre aeroportos*, bem como a reformulação, nas áreas em que não há concorrência suficiente, da regulação sobre aeroportos.

"There is now significantly more airport competition which suggests that the approach to airport regulation needs to be rethought. We have two recommendations:

i) *Avoid economic regulation of airports* in areas where competition is already effective. Retaining regulation in these circumstances is likely to distort behaviors and outcomes to the detriment of customers; and

ii) *Rethink economic regulation of airports* in areas where competition has yet sufficiently to develop to take more account of the competitive constraints that already exist and the potential for competition to develop further in line with current trends. There is a strong case for the regulator standing back and allowing the commercial parties to negotiate commercial outcomes subject only to limited regulatory recourse. The Australian example shows that such arrangements can work successfully even in more monopolistic circumstances than now prevail in Europe."

11.4 Identificação do grau de concorrência entre aeroportos: mercado relevante

Do ponto de vista operacional, o primeiro passo para avaliar o grau de competição entre aeroportos específicos envolve a *delimitação de mercado relevante*.

Em relação à dimensão produto do mercado relevante envolvendo aeroportos, o Office of Fair Trading (OFT), autoridade concorrencial do Reino Unido, tem unificado em um mesmo mercado todos os serviços aeronáuticos ofertados pelos aeroportos às companhias aéreas e às agências que prestam serviços em solo em um mesmo mercado relevante. Há somente mercado relevante distinto para os serviços comerciais ofertados pelo aeroporto. De fato, de acordo com Bilotkach e Polk (2011):

“The UK Competition Commission defined a common market for all aeronautical services provided to the airlines and their ground handling agencies, and a separate market for commercial services provided at the airport.”

Como destacam Starkie e Yarrow (2008), a delimitação da dimensão geográfica do mercado de aeroportos está intimamente ligada com aquelas referentes aos serviços ofertados pelas empresas aéreas. Um aeroporto somente será concorrente do outro, caso as companhias aéreas tenham por opção deslocar seus voos para lá. A demanda pelos serviços dos aeroportos é uma *demand derivada* daquela dos passageiros (e das cargas) pelas companhias aéreas.

Para o mercado relevante *geográfico* é necessário, então, que haja distinção de pelo menos *três* tipos de serviços ofertados pelas empresas aéreas: (a) transporte de passageiros em voos de curta distância; (b) transporte de passageiros em voos de média e longa distância (que podem ter escalas), e (c) transporte de carga.

Para o *primeiro segmento*, tradicionalmente se define o mercado relevante geográficos por rota (origem-destino). Neste tipo de serviço, os aeroportos atraem companhias aéreas na medida em que conseguem passageiros em suas *áreas de influência local*.

Já nos voos de maior distância, normalmente o mercado geográfico é mais amplo, uma vez que pode, inclusive, haver escalas. Nestes casos, voos diretos e indiretos (com escalas) são vistos como substitutos pelos passageiros, sendo, em muitos casos, escolhidos aqueles com escalas por conta de possuírem menores preços. Dessa forma, para voos de longa duração, o passageiro que sair do Rio de Janeiro para algum país da Europa, por exemplo, pode optar por seguir em um voo direto a partir do Galeão ou por outro que tenha escala em Guarulhos e dali siga para a Europa (ou vice-versa). Neste caso, a substituição entre o Galeão e Guarulhos fica evidente, principalmente pelo fato de que o tempo adicional de voo por conta desta escala pode ser bem reduzido, dado o curto tempo de voo entre os dois aeroportos.

No *transporte de cargas*, por não haver rigidez de horários ou de escalas, a dimensão geográfica é ainda maior. Por exemplo, na operação entre as empresas IAG

e BMI, analisado pela Comissão Europeia,⁴ estas delimitações foram discutidas, conforme trecho abaixo:

“68. The level of substitutability of indirect flights to direct flights largely depends on the duration of the flight. As a general rule, the longer the flight, the higher the likelihood that indirect flights exert a competitive constraint on direct flights.

69. When defining the relevant O&D markets for air transport services, the Commission has considered in previous decisions that with respect to short-haul routes (below 6 hours flight duration) indirect/one-stop flights generally do not provide a competitive constraint to direct/non-stop flights absent exceptional circumstances (for example the direct flight does not allow for a one-day return trip, or the share of indirect flights in the overall market is significant). The Commission has sometimes distinguished midhaul routes, which are routes of more than three hours where direct flights normally do not provide the option of one-day return trips, so that indirect flights may be able to compete with direct flights.

With respect to long-haul routes (more than 6 hours flight duration), the Commission has considered in the past that indirect flights constitute a competitive alternative to direct services under certain conditions (for example if they are marketed as connecting flights on the O&D pair in the computer reservation system).”

“The Commission found in earlier decisions that the relevant market in intra-European routes of air cargo transport can be defined as European-wide and should include alternative modes of transport, notably road and train transport. The Parties agree and the market investigation in the present case confirmed this view.”

Bilotkach e Polk (2011) também fazem avaliação semelhante.

“It is seldom helpful to assume a single ‘airport market’. If the assessment of market power rests on this notion, it is bound to have a limited meaning within the institutional framework. There is a risk of simplifying conclusions, as airports serve multiple markets. The definition of the relevant markets with respect to services and geography is hence a necessary first step in any analysis. The outcome of the market definition might differ depending on the airport and the purpose of the investigation, as long as it rests on the aforementioned principles of market definition which are compatible with many institutional frameworks worldwide.

Passengers are usually willing to accept only a limited amount of inconvenience (travel time and/or distance) associated with reaching an airport; further, different types of passengers attach different monetary values to this inconvenience. The catchment area tends to be smaller with regard to flights carrying O&D passengers

4. Case n. COMP/M.6447.

taking the airport as a start – and endpoint for their journey, and broader for transfer services, which utilize the hub functionality of an airport. With respect to cargo, catchment areas tend to be very large. Cargo transportation is less time-sensitive, and the number of stop-over's is of minor importance as compared to the passenger flights.”

No citado estudo da Comissão Europeia (2002), é apresentado o resultado de uma pesquisa realizada com companhias aéreas e aeroportos, indicando o principal concorrente de cada aeroporto. Dentre as respostas apresentadas, há casos de aeroportos concorrentes relativamente distantes entre si, como mostram os exemplos na figura a seguir.

Figura 5: aeroportos concorrentes por tipo de serviço (2002)

País	Aeroporto	Serviços de Voos longos	Serviços de Voos Curta Duração	Carga	Distância
Áustria	Viena	Munique	Munique		436km
Bélgica	Bruxelas	Paris	Paris	Paris	308km
Finlândia	Helsinque	Estocolmo	Estocolmo		408km
Alemanha	Munique	Frankfurt	Frankfurt	Frankfurt	392km
Luxemburgo	Luxemburgo	Bruxelas	Bruxelas	Bruxelas	191km

Fonte: EC (2002)

Bilotkach e Polk (op. cit., p. 12) indicam, ainda, que os seguintes fatores podem afetar o poder de mercado dos aeroportos:

- a) *Switching costs* das companhias aéreas;
- b) Capacidade do aeroporto;
- c) Utilização da capacidade do aeroporto (se o mesmo está saturado ou não);
- d) *Network structure* dos principais clientes do aeroporto, e
- e) Concorrência intermodal.

11.5 Concorrência espacial e eficiência

Pavlyuk (2012) apresenta resumo dos principais artigos que se propuseram a avaliar o nível de competição entre aeroportos e seus impactos sobre a *eficiência* (competitividade) dos mesmos. Apesar da pouca disponibilidade de estudos sobre o tema, o autor sugere que a concorrência, na condição de importante *driver* da geração de eficiências, seja incentivada entre aeroportos.

“Summarizing the section, we can note that the nature of competition between airports is very complex and this subject is weakly covered by empirical research-

es. Due to discussed reasons we expect that the competition between airports in Europe will be strengthening in nearest future, and this fact will intensify theoretical and empirical researches in this area. *Competition, being one of the best drivers of economic efficiency, should be included into airport benchmarking procedures.* The role of spatial competition among neighbor airports is also expected to grow, and methods of spatial econometric can be applied for analysis of airports efficiency."

A busca de eficiências passa pela concorrência, pois somente neste contexto haveria incentivos para incremento na movimentação dos aeroportos o que, ao mesmo tempo, garante a redução nos custos fixos unitários como também eleva os investimentos em infraestrutura, aumentando a competitividade dos aeroportos.

E, de fato, GIG seria o maior beneficiado com o acirramento da concorrência, uma vez que, com a infraestrutura atualmente disponível, é o aeroporto com maior potencial de expansão, de acordo com estudo de Wanke (2010). Neste *paper*, o autor realiza avaliação da eficiência dos aeroportos no Brasil e acaba por identificar, no caso do Galeão, possibilidade de ganho considerável em sua movimentação, mesmo sem expansão em sua infraestrutura atual. A figura abaixo ilustra esse ponto.

Figura 6: infraestrutura disponível x potencial de ganho de movimentação

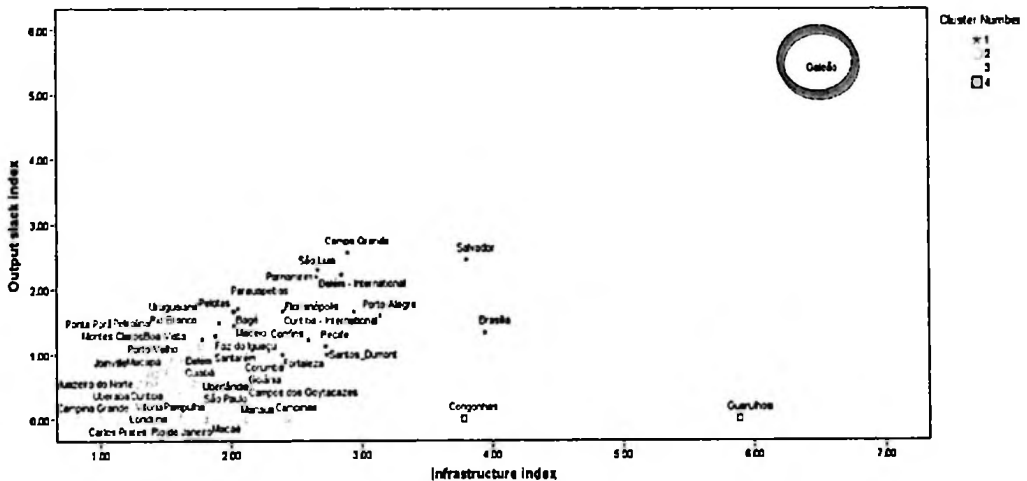


Fig. 5. Output increasing potentials and infrastructure intensity per cluster.

Fonte: Wanke (2010)

Na figura acima nota-se, ainda, que o aeroporto de Guarulhos apresenta elevado índice de infraestrutura, assim como o Galeão, porém sem potencial de incremento na movimentação, supondo-se ausência de investimentos em ampliação de capacidade e ganhos de eficiência.

III. AEROPORTOS: CONCESSÃO, CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

III.1 *Regulação pró-concorrencial e participação cruzada*

A concessão de aeroportos à iniciativa privada opera uma transformação fundamental dos incentivos econômicos do setor, pois a busca do lucro pelo concessionário passa a ser o eixo condutor de suas escolhas. Muito diferente, portanto, da estrutura de “comando e controle” que rege a gestão pública do aeroporto, para a qual inexistem mecanismos de incentivo econômico para induzir à eficiência.

Buscar lucros envolve, em negócios não regulados, a escolha de preços, quantidades, qualidade e do esforço para a redução de custos. A existência de concorrência tende a fazer com que a escolha dessas variáveis pelo agente privado seja a mais próxima possível do ótimo social.

Já em setores em que uma ou mais dessas variáveis são reguladas, tal relação entre a concorrência e o ótimo social fica menos clara, dado que o regulador substitui expressamente o mercado para aquela escolha. Por exemplo, a “substituição” da definição do preço do concessionário pelo regulador pode ocorrer em função da inexecutabilidade da concorrência no setor. Nesse caso, o poder de mercado distorceria a decisão do agente privado no sentido de preços maiores, quantidades, qualidade e esforço para reduzir custos menores que o ótimo social, fato que poderia justificar a ação do regulador na fixação destas variáveis.

O regulador, de qualquer forma, pode, de maneira complementar ou até mesmo alternativa, implementar ações pró-concorrenciais quando as forças de mercado não forem suficientes para estabelecer uma competição plena. Uma destas ações é simplesmente evitar que o mesmo *player* tenha participações cruzadas em empreendimentos que, potencialmente, poderiam competir entre si. Quanto mais proprietários em comum tiverem estes dois empreendimentos, maior a tendência a estratégias cooperativas entre estes que sejam a antítese da competição e seu papel de “bom regulador”, tornando mais difícil que pressões competitivas possam levar as variáveis relevantes ao ótimo social e exigindo, portanto, mais intervenção regulatória.

Nesse caso, existe uma regulação pró-competitiva, que ao evitar participações cruzadas entre concorrentes pode, inclusive, tornar desnecessário o controle direto de algumas tarifas. Ou seja, o desenho pró-competitivo da concessão *ex-ante* pode viabilizar uma regulação mais leve *ex-post*, com maior papel para a disciplina de mercado como indutor do ótimo social.

A ameaça de eliminação da concorrência potencial ou efetiva entre dois empreendimentos, seja em mercados regulados ou não, é normalmente administrada pelo controle de atos de concentração das agências antitruste. A ação de tais agências neste caso, no entanto, é restrita pelo fato de que não se pode intervir no ato de concentração para aumentar a concorrência, mas apenas para evitar que ela seja comprometida. Além do mais, a nova Lei antitruste nacional estabeleceu que con-

sórcios formados para participar de licitações públicas não estão sujeitos ao controle *ex ante* da autoridade antitruste.

Já no caso das concessões para o setor privado de ativos de propriedade do Estado, como os aeroportos, os graus de liberdade do regulador para implementar uma regulação pró-competitiva são bem maiores e, portanto, devem ser empregadas de forma eficaz com vistas a garantir os benefícios advindos da competição.

O desenho do processo de concessão pode ser elaborado para realmente fomentar uma concorrência que, com grande probabilidade, não ocorreria de outra forma. As restrições de participações cruzadas em empreendimentos potencialmente concorrentes, já utilizadas nas bem sucedidas privatização das telecomunicações e no setor elétrico, seriam uma forma de induzir um ambiente mais competitivo nas concessões privadas.

Este desenho regulatório pró-competitivo faria com que o sistema de incentivos do concessionário de aeroportos fosse bem *além* do que a mera transferência da operação para o setor privado. Uma concorrência simplesmente inexistente no mundo de empresas estatais que respondem apenas à regulação de “comando e controle” provenientes de órgãos superiores passará a ser relevante se os agentes privados concluírem que podem aumentar seus lucros “roubando” clientela uns dos outros. Isto depende naturalmente de tais agentes terem espaço de escolha nas variáveis competitivas relevantes.

III.2 Variáveis concorrenciais, regulação e espaço para a concorrência

A existência de um contrato de concessão, por definição incompleto, que regula *ex ante* determinados aspectos das decisões da concessionária, não elimina o espaço da concorrência na promoção de investimentos e estratégias agressivas de precificação.

III.2.1 Descontos

A amplitude do jogo competitivo depende, naturalmente, do espaço de escolha deixado pelo regulador ao concessionário. A permissão para competir e o desenho de uma estrutura de mercado com concessionários em posição de competir será totalmente imaterial se as variáveis de escolha chave forem totalmente reguladas.

Sendo assim, é fundamental indagar em que medida a regulação de aeroportos, por meio do contrato de concessão ou outras formas de regulação *ex post*, eventualmente limitaria tanto a capacidade de competição a ponto de tornar injustificável o esforço de desenhar uma estrutura de mercado pró-concorrência, inclusive, pela imposição de restrições de participação cruzada.

Nesse contexto, no caso de aeroportos, destaca-se a limitação da escolha da variável “preço” pelo próprio regulador. De fato, as tarifas e a sua forma de reajuste

(basicamente um *price-cap*) e/ou revisão são definidas pelo regulador. Isto poderia levar ao raciocínio enganoso de que não haveria espaço para a concorrência, dado que a principal variável que se considera (preços) é regulada, suprimindo-se qualquer possibilidade de que o processo concorrencial – e a geração de seus benefícios – possa ocorrer.

Entretanto, observa-se não apenas a existência de concorrência potencial por preços, ainda que com regulação tarifária de preços teto, como também a possibilidade, não menos importante, da emergência de competição por melhor qualidade dos serviços.

Inicialmente, cabe destacar que a regulação por *price-cap* consiste em uma regulação dos tetos da tarifa e não da própria tarifa. Isto gera flexibilidade tarifária para baixo pela possibilidade de concessão de descontos, desde que estes sejam regidos por critérios objetivos e não discriminatórios, conforme estipulado no contrato de concessão.

Tal fato abre algum espaço para a escolha da variável “preço” que será tão mais amplo quanto menos relevante economicamente for a restrição tarifária imposta pelo regulador em relação às variáveis de custo e demanda. Assim, por exemplo, se o custo cair bastante após a concessão, o preço ótimo do ponto de vista do concessionário pode ficar tão baixo que acaba inferior ao preço regulado. A restrição se tornaria redundante (*non-binding*). Nesse caso, os preços se tornam uma variável de escolha na prática e as reduções que poderão ser implementadas serão maiores ou menores a depender da concorrência com que se depara o agente regulado. Ou seja, uma estrutura de mercado pró-competitiva importa mesmo com a regulação tarifária por *price-cap*.

Em segundo lugar, o *price-cap* também tende a “relaxar” em alguma medida, ao longo da maior parte do período de regulação tarifária (no caso 3 dos 5 anos), a restrição de preços. Como o *price-cap* dentro desses 3 anos, em tese, não está ligado à variação dos custos realizados, o aumento de produtividade real não é repassado para (diminuir) preços. Isto implica que todas as economias de custos geram distanciamento entre preços e estes mesmos custos, ampliando o espaço de competição.⁵

III.2.2 Reajustes do price cap e incentivo à concorrência por qualidade

No que tange aos reajustes, a fórmula via *price-cap* embute importante fator de flexibilização da variável “preço”. Com efeito, conforme o item 6.5 do Anexo 4 ao

5. Isto constitui uma forma de incentivar a produtividade, evitando-se repassar os ganhos de redução de custos obtida com o esforço do concessionário para a tarifa no curto prazo. Diz-se, neste caso, que o concessionário é o *reclamante residual* de seus ganhos de produtividade, podendo apropriar-se de seus resultados financeiros.

Contrato de Concessão, as tarifas serão reajustadas anualmente pelo IPCA, tendo como referência a data de publicação do último reajuste, observando-se a seguinte fórmula:

a) $P_t = A_t + B_t$

b) Para $t=2$, tem-se que $A_t = P_{t-1} \times (IPCA_t / IPCA_{t-1}) \times (1 - X_t)$ e $B_t = A_t \times (-Q_t)$

c) Para $t > 2$, tem-se que $A_t = A_{t-1} \times (IPCA_t / IPCA_{t-1}) \times (1 - X_t)$ e $B_t = A_t \times (-Q_t)$

Onde:

P_t corresponde às tarifas previstas no Anexo 4 (tarifas de embarque, conexão, pouso, permanência, armazenagem e capatazia);

A_t é o componente que incorpora o índice de inflação e os efeitos do fator X ;

B_t é o componente que incorpora os efeitos do fator Q ;

$IPCA_t$ é o índice referente ao IPCA do mês anterior ao reajuste;⁶

X_t é o fator de produtividade a ser definido, nos termos do contrato, conforme metodologia a ser estabelecida em regulamento da Anac, previamente submetida à discussão pública, e

Q_t é o fator de qualidade dos serviços, conforme disposto no Anexo 2 – Plano de Exploração Aeroportuária.

O fator X terá valor igual a zero nos três primeiros anos da concessão, contados a partir da data de eficácia do contrato. Assim, nesses primeiros três anos, o fator X não confere flexibilidade à variável preço para o concessionário.⁷ Já para o cálculo do fator X para o 4.º e 5.º anos, se verifica maior flexibilidade na variável preço. O fator X aplicado no período em questão para o aeroporto do Galeão será fixado antes do quarto reajuste e será determinado pela seguinte fórmula:

(IV) $X = 1,95 \times (1 - PE)$ ⁸

Onde:

PE é a redução percentual devido à ampliação de posições de estacionamento.⁹

-
6. Note-se que o componente de índice de inflação, o IPCA, é totalmente exógeno ao concessionário e, portanto, constitui elemento de rigidez do preço.
 7. Na realidade, o fator X do sistema de *price cap* puro em geral é um número constante e isto por si só retira flexibilidade por esta via. Ou seja, a não flexibilidade decorre do fator X ser, em geral, uma constante, e não por ser especificamente zero.
 8. No caso das concessões de Guarulhos, Brasília e Viracopos, este valor era de 2,06. Ou seja, das primeiras concessões para estas, o Governo aliviou no requerimento de “descontar” a inflação (no caso, o IPCA) do reajuste das tarifas aeroportuárias.
 9. A redução percentual deverá ser composta da seguinte forma: (a) ampliação de posições de estacionamento de aeronaves – será atribuída redução de 2,15% ao valor de referência para

Assim, o fator X do setor aeroportuário brasileiro depende de uma variável de investimentos, as posições de estacionamento, que está naturalmente associada a uma maior qualidade do serviço.¹⁰

Nesse contexto, preços, investimento e qualidade são interligados do ponto de vista regulatório e caminham na mesma direção. Um maior nível de investimentos gera mais qualidade, abrindo espaço na fórmula do fator X para a fixação um teto de preço maior, ampliando a flexibilidade do concessionário na escolha desta variável.¹¹

O reajuste de tarifa na fórmula acima, além do X, inclui também o fator Q que é mais diretamente associado à qualidade do serviço, buscando capturar tal variável de uma forma bem direta. O cálculo do fator Q contará com até 17 indicadores,¹² podendo variar de 7,5% de decréscimo a 2% de bônus.¹³

O fator X e o fator Q nos reajustes do *price-cap*, portanto, fazem com que a qualidade influencie não apenas a quantidade, mas também os próprios preços. Assim, há espaço para a concorrência via preços no setor de aeroportos mesmo considerando a regulação tarifária. Ademais, o desenho da regulação de preços via *price-cap* incentiva a qualidade, fato que é reforçado pela regulação pró-competitiva que limita as participações cruzadas nos aeroportos concorrentes ou potencialmente concorrentes.

cada ponte de embarque acrescida ao pátio de estacionamento de aeronaves e (b) 1,08% por posição remota adicional.

10. Note-se que no caso de Confins e dos aeroportos já concedidos (Guarulhos, Brasília e Viracopos), além das posições de estacionamento, a fórmula do fator X inclui a variável TP, que seria a redução percentual devido à ampliação do *terminal de passageiros*, outra variável de investimento associada à qualidade do serviço e, portanto, mais uma forma de flexibilização dos preços.
11. De outro lado, o contrato também define que a metodologia de cálculo do fator X deverá ser orientada pelos ganhos observados e potenciais de produtividade do aeroporto. A base de dados utilizada para o cálculo da produtividade poderá conter dados referentes ao movimento de passageiros, pouso de aeronaves, peso máximo de decolagem, número de trabalhadores, receitas, investimentos, custos operacionais, entre outros. Estas variáveis presumivelmente afetarão as revisões que ocorrem de 5 em 5 anos, redefinindo o valor do número (constante por 5 anos) que, no caso de Galeão e Confins é 1,95.
12. A Tabela 1 do Apêndice C do Anexo 2 do Contrato de Concessão detalha o impacto quantitativo que cada um desses itens deverão ter sobre Q.
13. São exemplos de Indicadores de Qualidade, definidos no Apêndice C do anexo 2 do Contrato de Concessão, o tempo na fila de inspeção de segurança, o tempo de atendimento a passageiros com necessidades de assistência especial e o número de eventos graves relatados (roubos, furtos, atos violentos etc.).

IV. CONCORRÊNCIA ENTRE GALEÃO E GUARULHOS

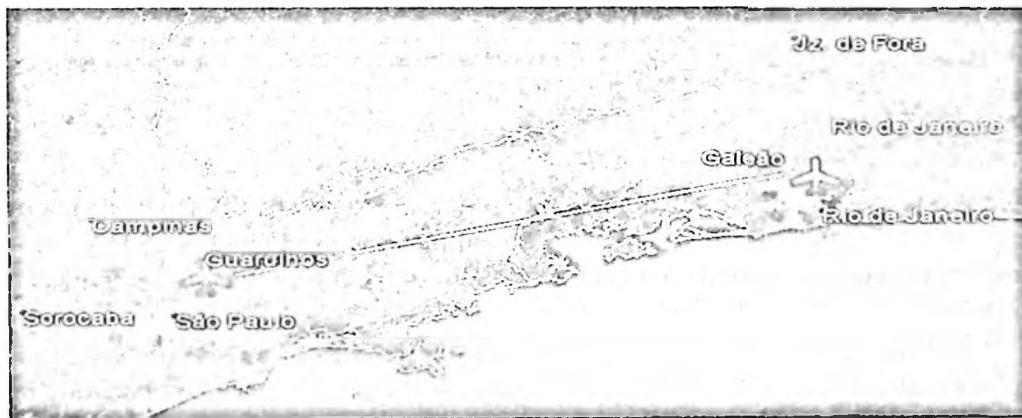
IV.1 Características de GIG e GRU

Para verificar o grau de concorrência efetiva e, sobretudo, potencial entre os aeroportos de Guarulhos e Galeão deve-se analisar o conjunto de variáveis físicas e locais que caracterizam esses dois aeroportos.

IV.1.1 Localização e distância

A distância entre GIG e GRU é de 414km, semelhante a várias daquelas apontadas na Figura 4 da Seção II. Cumpre notar que o Brasil apresenta a peculiaridade de, mesmo em voos domésticos, apresentar escalas – dada a grande extensão territorial do país – fato que enseja uma ampliação do mercado relevante geográfico para serviços aeroportuários mesmo em voos de menor duração, mas com conexão. Além do mais, com o advento do trem bala entre o Rio e São Paulo, previsto para os próximos anos, haverá uma redução ainda maior do tempo de deslocamento entre as duas cidades, fato que certamente aproximará, mesmo para voos de distâncias mais curtas, a substituição entre esses aeroportos por parte dos consumidores e, conseqüentemente, das companhias aéreas.

Figura 7: localização dos aeroportos de Guarulhos e Galeão



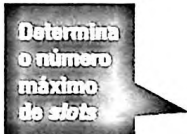
Fonte: FA Consultoria

IV.1.2 Capacidade das pistas

A figura abaixo apresenta as capacidades das pistas dos aeroportos de GRU e GIG, bem como de outros aeroportos no Brasil.

Figura 8: capacidade instalada aeroportos (2009)

NÃO EXAUSTIVO



Aeroporto	Capacidade de pista ¹		Justificativas da diferença ²
	DECEA Declarada Mov/h	ITA Teórica Mov/h	
▪ Guarulhos	49	58	▪ <i>Buffer</i> para garantir nível adequado de serviço
▪ Congonhas	34	50	▪ Medida de segurança
▪ Viracopos	31	46	▪ Falta equipamento de auxílio de voo (radar)
▪ Galeão	48	58	▪ <i>Buffer</i> para garantir nível adequado de serviço
▪ Santos Dumont	33	40	▪ <i>Buffer</i> para garantir nível adequado de serviço
▪ Confins	32	48	▪ Aproximação é feita com 7 a 8 MN ³ de separação entre aeronaves
▪ Pampulha	28	48	▪ Faltam TWYs paralela à pista e acessos às cabeceiras 13 e 31
▪ Brasília	50	58	▪ <i>Buffer</i> para garantir nível adequado de serviço
▪ Porto Alegre	28	48	▪ Faltam acesso direto à cabeceira 29 e ILS na mesma cabeceira
▪ Curitiba	38	46	▪ <i>Buffer</i> para garantir nível adequado de serviço
▪ Recife	28 ⁴	50	▪ Capacidade declarada pelo DECEA encontra-se em revisão
▪ Salvador	32	50	▪ Conflito de operações entre as pistas 10/28 (av. regular) e 17/35 (av. geral)
▪ Fortaleza	28	46	▪ Falta acesso à cab. 31 pela TWY A e saída (TWY D) com ângulo invertido
▪ Manaus	28 ⁴	44	▪ Capacidade declarada pelo DECEA encontra-se em revisão

Fonte: BNDES (2009)

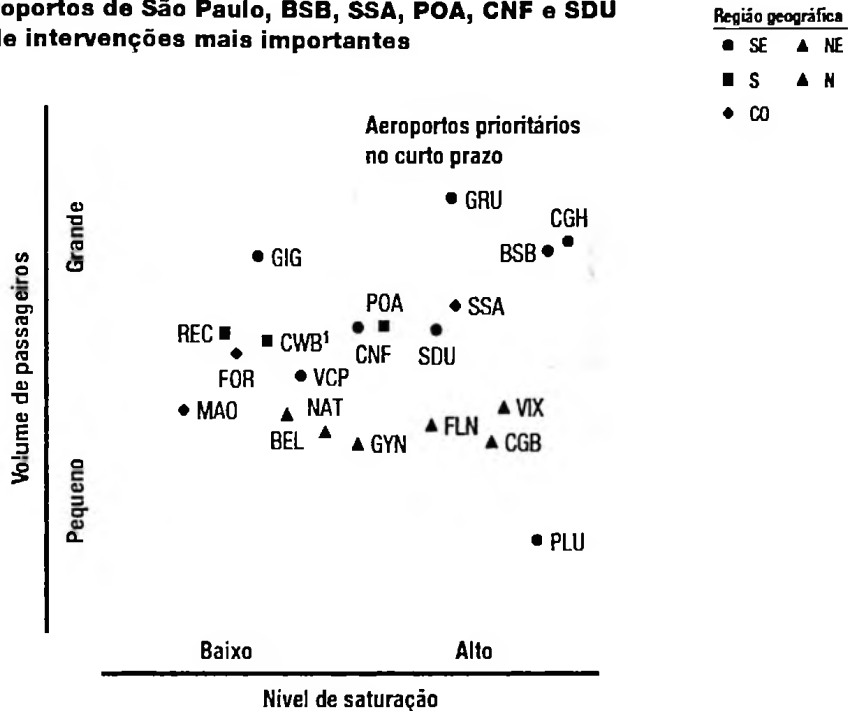
Observa-se que o Galeão, Guarulhos e o Aeroporto de Brasília são os de maior capacidade, em termos de movimentação em pista, segundo dados do ITA. Mesmo em termos de capacidade declarada, os mesmos têm praticamente o mesmo número.

Uma diferença neste aspecto entre ambos diz respeito ao fato de o nível de saturação do aeroporto do Galeão ainda é baixo, enquanto Guarulhos encontra-se saturado.

Figura 9: saturação x porte dos aeroportos

AÇÕES EMERGENCIAIS

Além dos aeroportos de São Paulo, BSB, SSA, POA, CNF e SDU necessitam de intervenções mais importantes



1 Crescimento da aviação de carga e reformas no sistema de pista comprometeram o lado ar deste aeroporto recentemente

FONTE: Análise da equipe

Fonte: BNDES 2009

Dessa forma, uma opção óbvia para as companhias aéreas, nos serviços para os quais há substituição entre os aeroportos (voos de longa distância e carga), é a migração de tráfego de Guarulhos para o Galeão.

Ambos os aeroportos, com as concessões, têm perspectivas de investimentos no incremento de suas capacidades até 2016. Para Guarulhos, conforme o contrato de concessão, os investimentos previstos envolvem a construção de novo terminal de passageiros, novo pátio e alargamento das pistas. O Galeão, por seu turno, também tem previsão de instalação de nova unidade de embarque e desembarque, novo pátio e de construção de uma terceira pista.

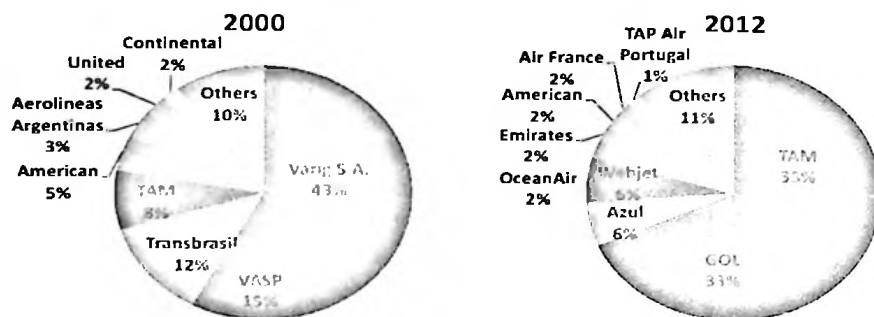
Logo, a concorrência entre os dois aeroportos será acirrada, uma vez que os gargalos atualmente existentes, especialmente em Guarulhos, serão diminuídos ou eliminados nos próximos anos. Ademais, caso persista grau maior de saturação em Guarulhos, é natural que a primeira opção para companhias aéreas seja operar voos do Galeão.

IV.1.3 Empresas aéreas

As principais companhias aéreas que voam no Brasil e para o Brasil possuem participação no tráfego do Galeão, como se verifica a seguir.

Figura 10: companhias aéreas no Galeão – % de mercado 2000 e 2012

PARTICIPAÇÃO DAS COMPANHIAS AÉREAS NA OFERTA TOTAL DE ASSENTOS
Aeroporto Internacional do Galeão - Rio de Janeiro



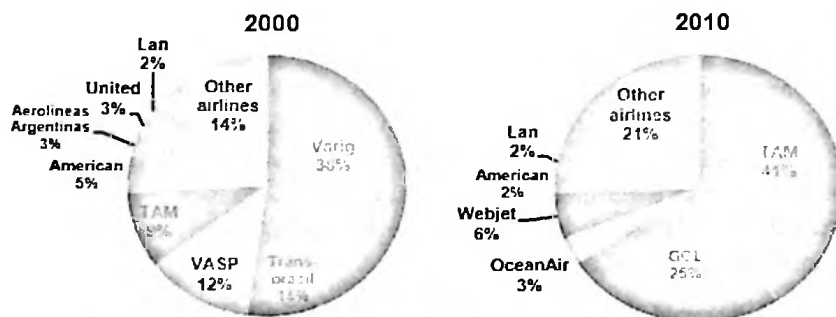
Fonte: Official Airline Guides, Inc., base de dados on-line, acessado em janeiro de 2013.

Fonte: ANAC (2013)

Observando a mesma figura no estudo de mercado realizado pela Anac para a concessão do Aeroporto de Guarulhos, nota-se que a estrutura é bastante semelhante.

Figura 11: companhias aéreas no Guarulhos – % de mercado 2000 e 2010

Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos - Governador André Franco Montoro e Brasil



Fontes: Infraero, www.infraero.gov.br, acessado em junho de 2011.

Fonte: Anac (2011)

Nota-se que, em ambos os casos, há elevada participação das duas maiores companhias aéreas do Brasil (TAM e GOL) e de uma franja composta pelas demais empresas com participação mais reduzida.

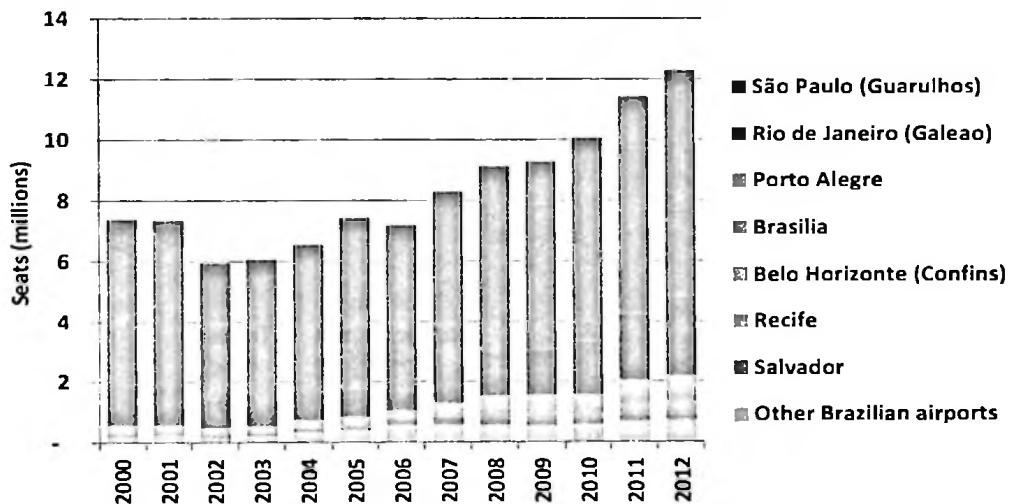
Em ambos os casos, dentre as companhias aéreas de menor porte destacam-se as participações de mercado das empresas Webjet (nos dois aeroportos – hoje controlada por Gol que também ingressou no mercado nacional como uma espécie de *Low Cost Carrier* – LCC) e Azul (no Galeão). Tais empresas podem ser consideradas de baixo custo (LCC). São companhias que buscam reduções de custos de forma mais profunda, sendo importantes geradores de pressão sobre os aeroportos pela redução de tarifas.

IV.1.4 Conexões e voos de longa distância

Para os voos de longa distância internacionais os dois se constituem nos maiores aeroportos do país, tendo o Galeão apresentado aumento elevado nos últimos três anos, como se vê na figura abaixo.

Figura 12: evolução do número de passageiros em voos internacionais

TENDÊNCIAS HISTÓRICAS DOS ASSENTOS OCUPADOS EM VOOS INTERNACIONAIS QUE PARTEM DOS AEROPORTOS BRASILEIROS



Fonte: Official Airline Guides, Inc., base de dados on-line, acessada em janeiro de 2013.

Fonte: Anac (2013)

Do total de voos que chegam ou partem do Galeão, 14% dos passageiros são de voos com conexão/transferência. Esse percentual é o maior dos últimos anos, como se verifica a seguir.

Figura 13: passageiros O&D (voos diretos) e em conexão – Galeão

PASSAGEIROS O&D E EM CONEXÃO			
Aeroporto Internacional do Galeão - Rio de Janeiro			
Ano	Total passageiros	Percentual do total	
		O&D	Conexão (transferência)
2009	11.828.656	88,2%	11,8%
2010	12.337.944	86,4	13,6
2011	14.952.830	87,3	12,7
2012	17.495.737	86,0	14,0

Fonte: Infraero, www.infraero.gov.br, acessado em janeiro de 2013.

Fonte: Anac (2013)

Os mesmos dados para o aeroporto de Guarulhos também mostram o *incremento* no percentual de voos com conexão/transferência no aeroporto de Guarulhos.

Figura 14: passageiros O&D (voos diretos) e em conexão – Guarulhos

Figura 3-5 - PERCENTUAIS ESTIMADOS DE PASSAGEIROS EM TRANSFERÊNCIA E EM TRÂNSITO

Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos - Governador André Franco Montoro

Percentual estimado					
Ano	Total de passageiros	O&D	Conexão (transferência)	Trânsito	Conexão e trânsito
2007	18.795.596	89,6%	6,0%	4,4%	10,4%
2008	20.400.304	83,4	13,7	3,0	16,6
2009	21.727.649	79,8	17,2	3,0	20,2
2010	26.849.185	82,4	15,1	2,4	17,6
Janeiro – Julho					
2010	14.967.983	84,5%	15,1%	2,4%	17,5%
2011	17.118.013	82,5	13,9	13,9	15,5

Fonte: Infraero, www.infraero.gov.br, acessado em agosto de 2011.

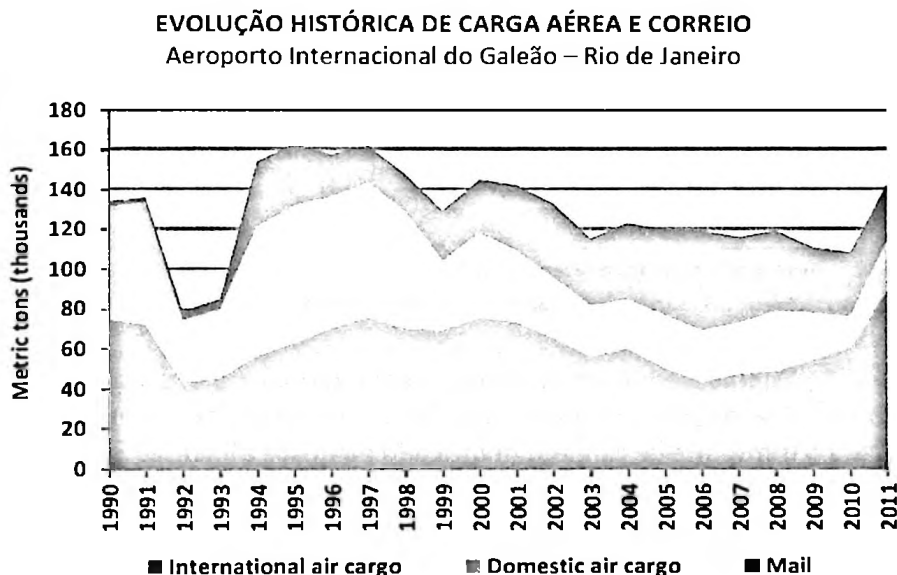
Fonte: Anac (2011)

Esta estatística é importante para a verificação da concorrência entre aeroportos localizados em cidades não vizinhas, uma vez que, para voos com conexão, tem-se um mercado geográfico mais amplo, mesmo porque tais voos são, normalmente de natureza longa, o que faz com que os passageiros possam optar por voos com origem no Galeão ou em outro aeroporto como Guarulhos com escala no Galeão ou vice-versa.

IV.1.5 Carga

Quanto ao transporte de carga, o aeroporto do Galeão não teve desempenho favorável nos últimos anos, tendo reduzido sua movimentação em relação ao final da década de 90. Dessa forma, trata-se de uma variável que poderia ser desenvolvida, e que diretamente envolve concorrência com o aeroporto de Guarulhos, dada a maior dimensão geográfica deste tipo de serviço. A próxima figura mostra o decréscimo (com recuperação apenas em 2011) da movimentação de cargas no Galeão.

Figura 15: evolução da movimentação de cargas no Galeão



Obs.: Inclui cargas embarcadas e desembarcadas..

Fonte: Infraero. www.infraero.gov.br, acessado em janeiro de 2013.

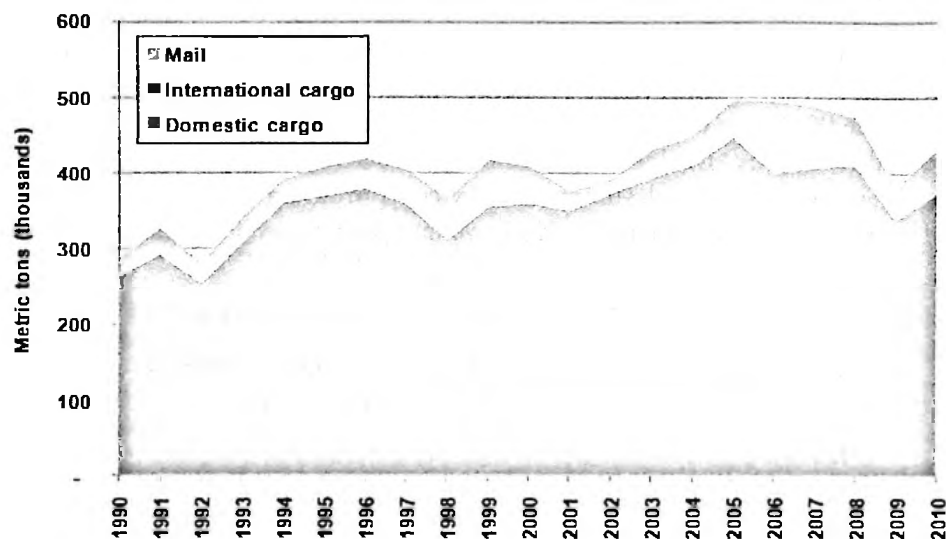
Fonte: Anac (2013)

Para o aeroporto de Guarulhos a tendência foi de aumento na movimentação de carga e correio, principalmente por conta do incremento na carga aérea internacional.

Figura 16: evolução da movimentação de cargas em Guarulhos

Figura 4-4 - HISTÓRICO DE CARGA AÉREA E CORREIO

Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos – Governador Andre Franco Montoro



Obs.: Inclui carga embarcada e desembarcada.

Fonte: Infraero. www.infraero.gov.br, acessado em junho de 2011.

Fonte: Anac (2011)

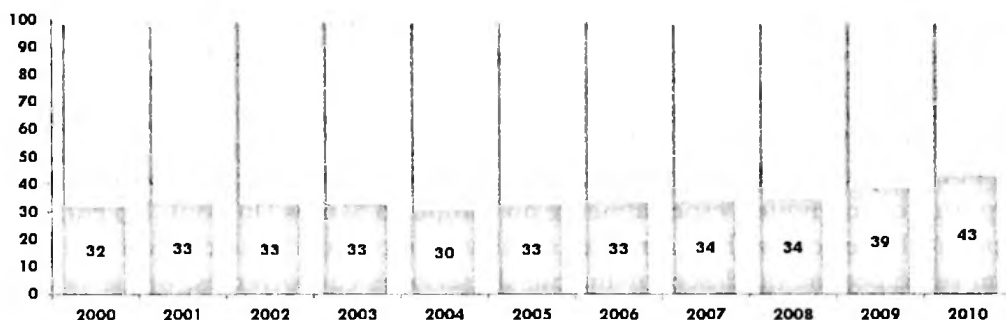
Para o transporte de cargas, um mercado no qual a dimensão geográfica é a mais ampla e os aeroportos de Guarulhos e do Galeão certamente têm o potencial de competirem após as concessões, nota-se que há incentivos para que o Galeão tenha uma postura mais agressiva visando se apoderar de parte do tráfego que atualmente passa por Guarulhos.

IV.1.6 Slots

A concorrência entre aeroportos mais distantes como Galeão e Guarulhos depende de forma significativa da existência de slots. De fato, se houver uma permanente situação de excesso de demanda das companhias aéreas pelos slots, a montagem de estratégias de atração de companhias aéreas pode ficar restringida pela ausência de capacidade.

De qualquer forma, havendo perspectiva de incremento do número de *slots* pelo aumento dos investimentos nos aeroportos, esta limitação se torna mais flexível e o incentivo a desviar clientes de outros *players* (ou seja, de competir) passa a se tornar relevante. Na verdade, esta expansão dos *slots* e, por conseguinte, o aumento da capacidade de ofertar o serviço, é um dos principais resultados esperados da própria concessão ao setor privado. Principalmente porque, numa comparação com o *benchmark* internacional (88 pousos e decolagens por hora), o Brasil ainda apresenta grande defasagem. No ano de 2010, o número do Brasil ainda representava somente 43% do parâmetro internacional.

Figura 17: comparação do número de pousos e decolagens por hora no Brasil com o *benchmark* internacional (Base 100)



Fonte: Fiesp

IV.1.7 Hubs

A concorrência entre aeroportos para atuarem como *hubs*, conforme já mencionado pode envolver aeroportos em localidades bem distantes entre si. No caso brasileiro, o aeroporto de Guarulhos é um importante *hub*. No entanto, o Galeão, nos últimos anos, passou a aumentar cada vez mais seu papel com esta finalidade, o que foi magnificado pela saturação recente do aeroporto de Guarulhos e a migração das próprias companhias aéreas como TAM e Gol, que intensificaram o uso do Galeão como *hub* em seus voos.

Pelo lado dos aeroportos, a possibilidade de se tornar *hub* de uma grande companhia aérea é a garantia de uma demanda permanente considerável. Por esta razão, em um ambiente competitivo, há acirrada disputa entre os aeroportos para que se tornem *hubs* de grandes companhias aéreas. Exemplo disso, apresentado no citado *paper* da Copenhagen Economics (2012), foi a concorrência entre os aeroportos de Munique e Dusseldorf para se tornarem *hubs* da companhia aérea Lufthansa. Na opinião da FA essa dimensão é uma das principais formas de competição que pode surgir entre GIC e GRU, supondo-se a ausência de estratégias

de coordenação derivadas de uma estrutura de participações cruzadas no controle desses dois aeroportos.

IV.1.8 Conclusão da seção

Os dados apresentados nesta seção mostram algumas características dos aeroportos de Guarulhos e do Galeão, indicando que os mesmos possuem porte semelhante, atendem a um semelhante conjunto de companhias aéreas e têm atuação crescente (com exceção do transporte de cargas no Galeão) em três segmentos nos quais não há dúvidas da relação de substituição entre estes aeroportos, por terem dimensão geográfica mais ampla, que são: os voos com conexão/escala, hubs e o transporte de cargas. Há também fortes indícios de que poderiam competir como destino para voos internacionais chegando no País.

A própria Anac no Anexo 4 do modelo de Contrato de Concessão do Aeroporto do Galeão apresenta argumento que mostra que a Agência considera viável a concorrência entre Galeão e Guarulhos.

“9.4 Aeroportos Concorrentes

Foram apresentadas premissas quanto ao desenvolvimento de serviços em aeroportos concorrentes, especialmente no aeroporto Santos Dumont. No entanto, é possível que companhias aéreas que utilizam outro aeroporto concorrente possam se empenhar no desenvolvimento de serviços concorrentes, o que poderá provocar impactos negativos sobre as atividades do Aeroporto, projetadas neste relatório. Além da concorrência para passageiros de origem e destino (O&D) há também o risco de que passageiros em conexão possam passar a utilizar outros aeroportos.”

IV.2 Concorrência via preços e GRU e GIG

IV.2.1 Concorrência por passageiros

A concorrência direta por passageiros que embarcam ou desembarcam no aeroporto ocorre entre aeroportos suficientemente próximos um do outro como Galeão e Santos Dumont (RJ) ou Guarulhos e Congonhas (SP). O lucro gerado destes passageiros para os aeroportos deriva da cobrança da tarifa de embarque, que é apenas coletada pela companhia aérea e repassada à Infraero (e após a concessão para os concessionários).

Para pares de aeroportos como Guarulhos/Galeão ou Congonhas/Santos Dumont ou Congonhas/Galeão, esta concorrência, no entanto, é limitada quando se trata de voos de curta duração, dada a distância a ser percorrida fora do aeroporto. Apenas um subconjunto de passageiros residentes entre as cidades de Rio de Janeiro e de São Paulo – na região do Vale do Ribeira – poderiam ver GRU e GIG como opções razoavelmente equivalentes. Ainda assim, para alguns passageiros

deste subconjunto, haverá uma alternativa de um terceiro aeroporto mais próximo, como é o caso do aeroporto de Viracopos em Campinas.

Isto torna a competição direta no lado dos passageiros para voos curtos mais limitada entre Galeão e Guarulhos, sobretudo para o caso dos voos domésticos de curta duração.

No entanto, para voos de longa duração e/ou com escala certamente há potencial concorrência entre o Galeão e Guarulhos. Há, ainda, concorrência entre Rio (Galeão) e São Paulo (Guarulhos) para funcionamento como *hubs* e como destino final, principalmente de viagens de longa duração, conforme já mencionado.

IV.2.2 Concorrência por empresas aéreas

Já na concorrência pelo outro lado do mercado das companhias aéreas, há um espaço maior de concorrência entre aeroportos mais distantes como Galeão e Guarulhos. Estão em disputa não apenas o pagamento da tarifa de embarque, mas também as de pouso, permanência, conexão, armazenagem e capatazia, bem como todas as outras receitas da concessão.

IV.2.2.1 Tarifa de pouso

A tarifa de pouso é paga pela companhia aérea pelos serviços e facilidades proporcionados às operações de pouso, rolagem e permanência da aeronave em até três horas após o pouso.

Como tais serviços beneficiam, além dos passageiros embarcados ou desembarcados naquele aeroporto, aqueles em voos com escala ou conexão. Em especial, para voos de longa distância, Guarulhos e Galeão têm condições de competir pela atração desse tipo de voo, tão logo ambos estejam sendo geridos privadamente e *sem coordenação de suas estratégias competitivas*.

IV.2.2.2 Tarifa de permanência

A tarifa de permanência remunera a utilização dos serviços e das facilidades disponíveis no pátio de manobras e na área de estadia, depois de ultrapassadas as três primeiras horas após o pouso, sendo devida pelo proprietário ou explorador da aeronave.

A tarifa de permanência é constituída de (a) Tarifa de Permanência no Pátio de Manobras – TPM e (b) Tarifa de Permanência na Área de Estadia – TPE. Tal como a tarifa de pouso, esta receita também captura os voos de escala e conexão, viabilizando a competição entre aeroportos mais distantes.

A segunda tarifa de permanência merece especial destaque. A Res. Conac 19, de 11.10.2007, como bem observado no estudo de Fiuza e Pioner (2009), determina à

Anac uma flexibilização das tarifas de permanência para induzir a transferência de aeronaves estacionadas entre aeroportos.

No caso desta Resolução, é explícito o objetivo de induzir a transferência de aeronaves de Guarulhos, onde se verificam “problemas de pátio, causados pela longa permanência de aeronaves destinadas a voos internacionais” para o Galeão, o qual dispõe de “significativa capacidade ociosa e ampla disponibilidade de pátio e de pista”.

Ou seja, já ocorre (mesmo sob o regime do “comando e controle”) esta transferência de aeronaves, utilizando-se os sinais de preços para que as próprias companhias aéreas decidam por fazê-lo. Com a concessão ao setor privado, o uso dos sinais de preços, dentro da flexibilidade tarifária existente supracitada, para realocar aeronaves de um aeroporto para outro tenderá a se ampliar.

Cria-se inclusive um incentivo a incrementar os estacionamento para aeronaves dentro do aeroporto, incremento esse, aliás, que já conta com um mecanismo de estímulo dentro da metodologia do reajuste do *price-cap*, conforme já explicado.

IV.2.2.3 Tarifa de conexão

A tarifa de conexão remunera a utilização das instalações e facilidades existentes no terminal de passageiros e é cobrada em função de cada passageiro que desembarca em aeroporto intermediário, para embarcar na mesma aeronave ou em outra, em voo de conexão.

Apesar de paga pela companhia aérea, o volume de receitas gerado com esta tarifa está ligado à quantidade de passageiros que descem e embarcam. Um passageiro que vem de Porto Alegre para seguir para uma cidade no norte, nordeste ou exterior (ou vice-versa), por exemplo, poderá parar tanto em Galeão como em Guarulhos. Mais uma vez, há clara competição por esse tipo de receita entre GRU e GIG.

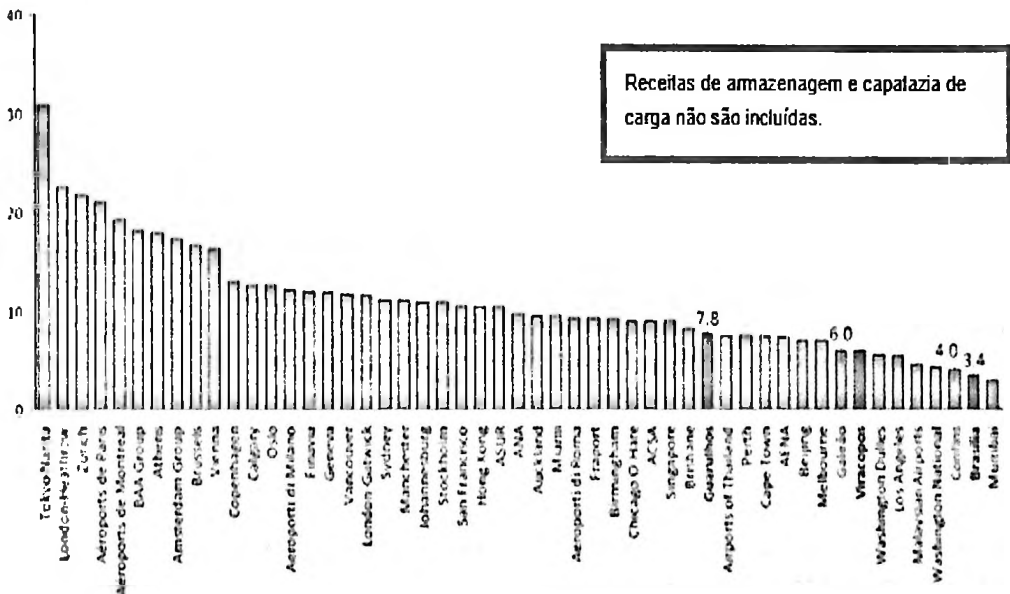
IV.2.2.4 Comparação internacional de tarifas

Em relação às receitas tarifárias, considerando todas as tarifas sobre transporte de passageiros praticadas por aeroporto, nota-se que Guarulhos obtém receitas 30% superiores às do Galeão por passageiro, mesmo com ambos operando com tetos muito semelhantes para tais tarifas.

Isso indica que o Galeão, mesmo antes da concessão, já opera com descontos superiores aos de Guarulhos sobre as tarifas. Dessa forma, haveria espaço considerável para, em caso de propriedade cruzada de participação, por um mesmo *player*, entre Guarulhos e o Galeão, incremento considerável nas tarifas desse último, através de redução nos descontos em relação às tarifas teto.

Figura 18: receitas tarifárias por passageiro

TOTAL DE RECEITAS TARIFÁRIAS POR PASSAGEIRO
 Amostra de aeroportos internacionais



Notas: Os números não incluem receitas de armazenagem e capatazia de carga em aeroportos brasileiros.

Fonte: Indicadores de desempenho de aeroporto, 2012, LeighFisher.

Modelo financeiro, agosto de 2011, LeighFisher (GRU.VCP.BSB)

Dados financeiros, janeiro de 2013, Infraero (GIG, CNF)

Fonte: Anac (2013)

IV.2.3 Concorrência por cargas: tarifas de armazenagem e capatazia

O espaço de competição pelas receitas de tarifas ligadas à carga aérea tende a ser ainda mais amplo que a competição derivada do transporte de passageiros. Estas tarifas são pagas pelo importador ou exportador da carga sendo divididas entre a tarifa de armazenagem (armazenamento, guarda e controle nos armazéns de carga aérea dos aeroportos) e tarifa de capatazia, devida pela movimentação e manuseio de mercadorias. De fato, os serviços de carga são bem menos sensíveis à questão do tempo de viagem e chegada no aeroporto do que o transporte de passageiros, fato que amplia o espaço geográfico dentro do qual o aeroporto pode capturar clientes.

IV.3 Concorrência por qualidade

Poder-se-ia considerar que não haveria espaço para a concorrência por qualidade entre os aeroportos nacionais, e em especial entre GRU e GIG, dado que os aeroportos já devem seguir o Programa de Exploração Aeroportuária (PEA) definido no Anexo 2 do Contrato de Concessão. Nada impede, no entanto, que o concessionário vá além do PEA nos investimentos que melhorem a qualidade de seu serviço. Mas por qual razão o concessionário faria isto?

O problema em setores com regulação tarifária, como o dos aeroportos, é que o processo de repasse da maior disposição a pagar gerada por maior qualidade para preços pode ser reduzido, removendo importante fator de estímulo de determinados investimentos.

Entretanto, como já demonstrado, a regulação de *price-cap* dos aeroportos brasileiros não bloqueou completamente este processo de “repasse”: a regulação tarifária dos aeroportos brasileiros torna as tarifas *responsivas* ao investimento em qualidade (pela maior disposição a pagar), tal como ocorreria no mecanismo normal de mercado. Novamente, a concorrência exerce um papel relevante no disciplinamento das decisões dos operadores aeroportuários.

Havendo a possibilidade de o incremento de capacidade e qualidade envolver não apenas o aumento da quantidade demandada total do mercado, mas o *desvio de clientela* de outros *players*, o incentivo a investir e prover maior qualidade fica maior, incrementando o bem-estar social.

Mesmo que se supusesse não haver espaço algum para a concorrência em preços, a própria limitação da concorrência via preços pode induzir mais concorrência por diferenciação do produto ou qualidade.¹⁴

Ou seja, ainda que a regulação tarifária restringisse bastante a concorrência em preços, havendo vantagens em “roubar” clientes uns dos outros em função do aumento de quantidade gerado pela maior qualidade, aproveitar-se-ia o espaço que o regulador deixou: a concorrência via qualidade.

14. Este fenômeno foi bastante realçado no conhecido livro de Alfred Kahn (1989), utilizando o exemplo da regulação das companhias de aviação civil nos EUA. Àquela época havia nos EUA, assim como no Brasil, significativa atividade regulatória em preços das companhias aéreas. Dada a supressão da concorrência via preços, as companhias aéreas passaram a concorrer fortemente nos elementos mais observáveis da “qualidade” do serviço: “because the doors to price competition are closed, airline companies compete very strenuously among themselves in the quality of service they offer—most notably in adopting the most modern and attractive equipment and in the frequency with which they schedule flights, but also in providing comfort, attractive hostess, in-flight entertainment, food and drink”.

IV.4 Concorrência por comparação (*Yardstick Competition*)

Mesmo que não houvesse qualquer vantagem referente a tarifas ou qualidade dos aeroportos derivados da competição, a concorrência por comparação se constitui num forte argumento para a restrição à participação cruzada de acionistas nas concessões de diferentes aeroportos.

Havendo um regulador (ou reguladores) comum(ns), no caso a Anac e a Secretaria de Aviação Civil, a assimetria de informação destes em relação a cada aeroporto será tanto menor quanto mais “referências” de outros aeroportos existirem. O regulador nunca ficará totalmente refém da informação de um concessionário, havendo outros concessionários, ainda que em mercados relevantes distintos, pelos quais se poderá checar se os valores de custo e demanda nos quais se baseia a regulação são corretos. Ou seja, a competição por comparação apresenta um potencial de mimetizar a própria concorrência efetiva que se constitui, por excelência, no regulador mais eficaz.¹⁵

A estrutura de custo de um dado aeroporto, por sua vez, está muito correlacionada ao tamanho deste mesmo aeroporto e do tipo de aeronave que ali pousa e decola. Nesse contexto, os dois maiores, Guarulhos e Galeão, teriam a maior similaridade possível entre si do que com outros aeroportos do país.

Mais do que isso, são os aeroportos com mais aeronaves de voos internacionais e que se constituem em *hubs* que conectam outras procedências e destinos do país. Isto implica que o potencial da competição por comparação entre estes aeroportos é bem maior do que com qualquer outro par de um desses com um terceiro aeroporto.

Novamente, tal como na concorrência efetiva normal, há também nesse caso a possibilidade de que acordos tácitos ou explícitos inibam a competição por comparação. Na medida que os aeroportos conheçam bem como o regulador realiza suas comparações, abre-se um espaço para que uma cartelização ou coordenação ocorra. Esta coordenação seria muito facilitada quanto mais participações cruzadas houver entre os aeroportos que estão sendo comparados.

Ou seja, a estrutura de incentivos definida pela concorrência por comparação supõe que os aeroportos que estão sendo comparados sejam efetivamente independentes. Caso contrário, um “pacto pela mediocridade”, ainda que tácito, pode se tornar uma estratégia racional para o proprietário comum.

15. Naturalmente, a capacidade do regulador conseguir informação de um aeroporto com base nos dados de outro será tão mais significativa quanto mais correlacionadas forem as estruturas de custo e demanda destes aeroportos. Teoricamente, como destacam Laffont e Tirole (1993), havendo perfeita correlação das funções custo (a única fonte de incerteza no modelo dos autores), o regulador se torna capaz de regular dois *players* concorrendo em mercados diferentes como se tivesse perfeita informação sobre eles.

IV.5 Outros benefícios

Outro aspecto importante relacionado ao impedimento de que o mesmo *player* tenha participação acionária em mais de um aeroporto está associado à redução do risco financeiro em dois aspectos:

a) em caso de dificuldade financeira dos acionistas de uma concessionária, não haveria problemas em mais de um aeroporto, o que poderia maximizar as perdas para o consumidor, e

b) não haveria uma mesma empresa (ou consórcio de empresas) tomando empréstimos para um amplo conjunto de investimentos no mesmo setor, fato que também reduziria o risco relacionado à concessão de tais créditos, possibilitando, inclusive que melhores taxas sejam buscadas.

V. PARTICIPAÇÕES CRUZADAS MINORITÁRIAS E CONCORRÊNCIA

Nesta seção é apresentado o tratamento dado na esfera antitruste em casos que envolvam participações cruzadas, mesmo que minoritárias, em empresas concorrentes. Como se verifica ao longo da seção, vê-se que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem uma postura conservadora na avaliação destes casos, entendendo que mesmo baixos níveis de participações cruzadas entre concorrentes geram graves riscos à competição. Além do mais, recomendações semelhantes são encontradas em outras jurisdições, especificamente para o caso de aeroportos.

V.1 Doutrina

A análise dos efeitos anticompetitivos de atos de concentração envolvendo participações minoritárias de uma das partes no capital social de outra é um tema que não encontra unanimidade entre as análises feitas pelas principais jurisdições do mundo. Além disso, não há regras precisas que podem ser retiradas do arcabouço teórico existente sobre o tema. Possivelmente, por estas razões, os guias para análise de atos de concentração não contém regras explícitas para o tratamento desta questão.

Um importante referencial sobre este assunto foi elaborado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no ano de 2008. Segundo o documento da OCDE, pode-se definir três tipos de participação:

a) Participação suficiente para conferir controle, se o acionista minoritário tiver o direito de determinar o comportamento comercial estratégico da empresa alvo, e se os demais acionistas tiverem menores baixas participações (capital pulverizado);

b) A participação obtida não confere o direito de comandar as estratégias comerciais da firma, mas são suficientes para conferir ao acionista minoritário o direito de veto sobre decisões importantes sobre tais estratégias, e

c) O acionista minoritário não possui controle sobre decisões comerciais estratégicas, mas pode impedir que outros acionistas possuam tal controle. Neste caso, ocorre controle conjunto da empresa alvo.

Segundo a OCDE (2008, p. 20-21), os tipos de relação entre o acionista minoritário e as empresas alvo podem ser descritos como:

“(i) A minority shareholding is sufficient to confer sole control if the minority shareholder has the right to determine the strategic commercial behavior of the target company (such as the power to appoint more than half of the members of the relevant boards), or is de facto highly likely to achieve a majority at the shareholders' meeting, e.g., if the remaining shares are widely dispersed among many investors.

(ii) Where the company statutes require a supermajority for strategic commercial decisions, although the acquisition of a minority of the voting rights may not confer the power to determine strategic decisions, it may nevertheless be sufficient to confer the minority shareholder a blocking right and therefore negative control.

(iii) When a minority shareholder cannot, individually, control the strategic business decisions of the target but can, on a legal or de facto basis, block other shareholders from doing so, then it enjoys joint control on the target with these other shareholders. Joint control by a minority shareholder can arise mainly in two circumstances: (i) if the statutes of the jointly controlled company or the relevant agreements between two or more shareholders provide one or more minority shareholders with the ability to influence the commercial behavior of the target company; or (ii) even in the absence of specific rights, two or more minority shareholders may have joint control if, together, they hold a majority of voting rights and will act together in exercising those rights.”

Nos casos listados acima, é possível alegar a existência de influência relevante do acionista minoritário sobre a empresa adquirida, o que garante a necessidade de uma análise antitruste mais aprofundada da relação entre as partes. Há, no entanto, a situação na qual a participação minoritária é tão reduzida que não dá qualquer direito ao adquirente. É o caso dos acionistas passivos. Neste caso não há consenso sobre a necessidade de análise antitruste ou não da operação envolvendo a aquisição de participação minoritária no capital. Ainda segundo a OCDE (op. cit., p. 21):

“However, not all minority shareholdings entitle the owner to exercise influence on the management of the target. In many cases, the rights attached to the shares do not entitle the owner to be represented in the board or to access sensitive information on the activities of the target. *These types of situations, which are often referred to as passive minority shareholdings or passive investments, represent a mere financial investment in the activities of the target company. In this case, the framework for analysis is less well established than that for the assessment of active minority shareholdings. In many jurisdictions, antitrust rules provide limited guidance*

as to how agencies or courts should review the risks for competition associated with the acquisition of a passive minority interest. In this context, the economic framework of analysis has greater importance.”

Em alguns países são fixados *patamares mínimos* de participação para que esta análise seja realizada. Caso as participações minoritárias fiquem abaixo destes valores, se conclui pela participação passiva, sem qualquer influência sobre as decisões da empresa alvo. De acordo com o documento da OCDE, estes patamares seriam de 25% do capital social para as autoridades da Alemanha e Áustria, 15% no Reino Unido e 10% nos Estados Unidos.

V.2 Exemplo de jurisprudência do SBDC

Um caso emblemático no Brasil foi o que envolveu Telefônica S.A., Assicurazioni Generali S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A., Sintonia S.A. e Mediabanca – Banca di Credito Finanziario S.p.A. (53500.012487/2007).

Neste Ato de Concentração envolvendo a aquisição pela Telefônica S.A. de participação de 23% no capital da empresa Telco acabou por gerar aquisição de participação indireta da Telefônica S.A. (que possui o controle da operadora de telefonia móvel Vivo, compartilhado com a Portugal Telecom) na empresa TIM, também atuante no mesmo mercado.

Segundo o Conselheiro relator do caso, participações em concorrentes poderiam estar sujeitas a seguinte classificação:

“45. Para o presente voto, portanto, e preservando o conceito de influência relevante há muito construído pelo Cade, entende-se que uma participação societária pode: (i) dar ao acionista *poder de controle* sobre a firma, isolado ou compartilhado; (ii) dar ao acionista *poder de influência relevante* sobre a empresa; ou (iii) ser uma participação societária *passiva*; nesse caso, porém, pode-se falar em participações passivas (iii.a.) *com possibilidade de acesso a informações sensíveis* e (iii.b.) *sem possibilidade de acesso a informações sensíveis*” (p. 16).

Neste mesmo voto, o Conselheiro afirma que a identificação da presença de influência relevante e o enquadramento do caso analisado em uma das classificações acima listada envolvem a análise de diversos pontos, a saber:

- a) Magnitude da participação societária;
- b) Disponibilidade de informações à firma adquirente;
- c) Grau de controle da firma adquirente sobre a empresa alvo;
- d) Capacidade da firma adquirente se apropriar de lucros da empresa alvo, e
- e) A reciprocidade da participação societária e a existência de *links* societários com outros concorrentes.

Via de regra, quanto maior for a participação societária e o grau de controle dela advinda, maior a probabilidade da ocorrência de influência relevante. Além

disso, a reciprocidade de participações societárias entre as partes incrementa esta probabilidade.

Da análise realizada, o Conselheiro conclui que:

“149. O exame efetuado na presente seção, que buscou averiguar se as características da operação e da estrutura societária da indústria brasileira de telecomunicações são ou não favoráveis a estratégias unilaterais ou coordenadas de poder de mercado, demonstrou que: (i) a participação da Telefônica (Vivo) no capital da Telecom Itália (TIM) é relativamente baixa; (ii) que haverá uma limitação à troca de informações estratégicas entre essas empresas sobre o mercado brasileiro; (iii) que não há controle ou influência relevante da Telefônica sobre as decisões da Telecom Itália relativas ao Brasil; (iv) que o controle da Vivo pela Telefônica é compartilhado com a Portugal Telecom; (v) que não há reciprocidade na participação societária da Telefônica na Telecom Itália; e (vi) que não há links societários entre outros concorrentes atuantes no mercado. Todos esses fatores atuam no sentido de diluir eventuais incentivos a estratégias unilaterais e coordenadas de poder de mercado” (p. 49).

Dessa forma, o Conselheiro recomendou a aprovação da operação condicionada à assinatura de um Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), no qual constam mecanismos para evitar a troca de informações relevantes entre as empresas.

Como outros exemplos de casos recentes nos quais foram impostas restrições a concentrações em que se verificavam participações minoritárias entre concorrentes, tem-se:

a) Ato de Concentração n. 08012.002467/2008-22, que envolve a Votorantim e a Polimix/Tupi, e

b) Ato de Concentração n. 08012.010094/2008-63 envolvendo as empresas Amil e Casa de Saúde Santa Lúcia.

Nota-se, portanto, que o Cade está atento e tem sido bastante rigoroso sobre os possíveis efeitos anticompetitivos de participações minoritárias, seguindo.

V.3 Exemplos de outras jurisdições para aeroportos

Dois exemplos são apresentados nesta seção. O do Departamento de Transportes da Austrália, que possui restrição já regulamentada à participação cruzada de acionistas de um aeroporto no capital de outros, e o do Reino Unido, que apresenta decisão da autoridade concorrencial em caso envolvendo a atuação da empresa BBA, que controlava diversos aeroportos no Sudeste da Inglaterra e na Escócia.

Tanto o *Office of Fair Trading* (OFT) (2006) e o Departamento de Transportes da Austrália (2007) se manifestaram contrários ao fato de que o mesmo grupo econômico detenha o controle (ou mesmo influência relevante) de mais de um aeroporto potencialmente concorrente, sendo que este último possui legislação específica sobre o tema.

Por exemplo, segundo o OFT (op. cit., p. 12), em investigação sobre a atuação da empresa BAA, que controlava diversos aeroportos que poderiam competir entre si:

"Effect of joint ownership on investment incentives

6.48 Our biggest concerns about the effect of BAA's joint ownership of airports in the South East relate to potential distortions to investment incentives.

6.49 In relation to airport services in the South East of England, many airlines and other commentators saw investment in capacity as the most important issue for this study. Investment generated the most complaints to the OFT from airlines.

6.50 In relation to investment, we have reasonable grounds for suspecting that both the system of regulation (described in paragraphs 6.19 to 6.29) and *the joint ownership of airports act to distort incentives*. The potential distortion may be large and may have long lasting impacts on consumers (in terms of choice of where to fly from and at what cost). The question of how best to regulate so as to avoid perverse incentives on investment has no obvious clear cut answer. We believe that the question of whether it is possible to increase competition is an important one here. *Increased competitive pressure would not only deliver benefits to air travelers, it would also reduce reliance on regulation and could provide valuable information for regulatory benchmarking purposes.*"

Já o Departamento de Transporte Australiano possui legislação específica sobre o tema, impedindo que um grupo que controle um aeroporto possua mais de 15% de participação em outro (op. cit., p. 2):

"The Department regulates issues of ownership and control at the leased federal airports through restrictions provided under the Airports Act 1996 (the Act) and the associated regulations. The aims of these restrictions are to:

- ensure majority Australian ownership of airports;
- place limits on the ownership of airports by airlines;
- *ensure diversity of ownership and control of certain major airports*; and
- promote efficient and economic development and operation of airports.

Ownership

There are major restrictions on ownership at leased federal airports:

1. Foreign ownership

Under s40 of the Act there is a 49% limit on foreign ownership of airport-operator companies. This occurs where a group of (or single) *foreign persons* hold in total a *stake* (including the interests of the person's *associates*) in the company of more than 49%.

2. Airline ownership

Under s44 of the Act there is a 5% limit on airline ownership of airport-operator companies. This occurs where an airline holds in total a *stake* (including the interests of the person's *associates*) in the company of more than 5%.

3. Cross-ownership

Under s50 of the Act there is a 15% limit on cross-ownership between paired airport operator companies (Sydney and Perth, Sydney and Brisbane, Sydney and Melbourne). This occurs when a person holds a total *stake* (including the interests of the person's *associates*) in both of the paired airport operator companies of more than 15%."

VI. CONCLUSÃO

O aumento da demanda por serviços aeroportuários, derivado do incremento do tráfego de passageiros nas últimas décadas, aliado aos processos de desregulamentação e privatização do setor, incrementou a competição efetiva e potencial entre os aeroportos e afastou a visão tradicional de que os mesmos seriam monopólios naturais. Evidentemente, o papel das forças competitivas na determinação da conduta e da *performance* dos operadores aeroportuários depende de diversos fatores, dentre os quais se destacam o arcabouço regulatório, a configuração societária dos operadores e as características dos conjuntos de aeroportos de uma dada região ou País.

O arcabouço regulatório define o espaço potencial da concorrência. No limite, esse espaço pode ser nulo, com todas as variáveis relevantes das estratégias comerciais e de investimentos dos operadores – públicos ou privados – sendo arbitradas pelo regulador. No outro extremo, tal espaço pode ser máximo, no caso em que a regulação seja exclusivamente *ex post* e reativa, na forma antitruste. Na maior parte dos casos, regulação e competição coexistem, como no caso do setor de telecomunicações.

Destaca-se, portanto, o fato de que as determinações contidas em contratos de concessão, por exemplo, não eliminam em absoluto o espaço da concorrência e seus efeitos benéficos sobre a eficiência estática e dinâmica do setor aeroportuário nacional: a existência de concorrência viabiliza o surgimento de fortes incentivos de mercado para que os concessionários adotem estratégias de investimento e preço que vão *além* das obrigações contidas no contrato de concessão, por definição, *incomplete*.

A configuração societária dos operadores é fundamental para garantir a independência das estratégias dos operadores de aeroportos potencialmente concorrentes, além de evitar a geração de incentivos a emergência de comportamentos discriminatórios contra rivais não integrados. No primeiro caso, trata-se de coibir *ex ante* as participações cruzadas entre os acionistas de aeroportos concorrentes, ou, de modo mais geral, a existência de influência decisiva de um mesmo conjunto de acionistas em dois aeroportos potencialmente concorrentes, fato que implicaria a coordenação de estratégias e a supressão das pressões competitivas. No segundo caso, a restrição a participação de empresas aéreas no capital do operador aeropor-

tuário visa eliminar estruturalmente os conhecidos problemas derivados da integração vertical em serviços de infraestrutura.

As características específicas dos aeroportos de uma dada região ou País irão determinar aqueles que efetivamente podem competir entre si – por exemplo, um pequeno aeroporto regional com permissão para operar voos executivos e limitações estruturais de espaço jamais será um competidor efetivo de um aeroporto de grande escala servindo a empresas de aviação comercial *full service*, mesmo que ambos estejam na mesma localidade ou tenham áreas de influência similares – e as formas de competição cabíveis em cada caso, tais como concorrência por voos domésticos ponto a ponto com sobreposição de suas *catchment areas* ou concorrência por *hubs* ou conexões entre aeroportos situados em cidades distintas.

Os aeroportos do Galeão e de Guarulhos, num cenário de maior espaço para a ação das forças de mercado e na ausência de coordenação entre suas estratégias de investimento, qualidade e preço, são, a despeito de se situarem em cidades diferentes, claramente fortes concorrentes pela atração de voos de longa distância, conexões e *hubs*, além de destino de voos internacionais para o Brasil e transporte de carga.

A concorrência entre os principais aeroportos do Brasil estaria *ameaçada* na hipótese de que ambos fossem controlados pelos mesmos consórcios ou consórcios coligados, por motivos já consagrados na doutrina e jurisprudência antitruste, inclusive nacional.

VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BETANCOR, O.; RENDEIRO, R. (1999). *Regulating Privatized Infrastructures and Airport Services*. Washington: World Bank (Policy Research Working Paper No. 2180).
- BNDES. Infraestrutura aeroportuária. 2009. Disponível em: [www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/chamada3/capitulo3.pdf].
- CIVIL AVIATION AUTHORITY. *Initial price control proposals for Heathrow, Gatwick and Stansted airports; Supporting paper II: Competitive constraints faced by Stansted airport*. Londres, 2006.
- _____. *Airport price control review – Initial proposals for Heathrow, Gatwick, Stansted*. 2006.
- _____. *UK Business Air Travel: Traffic Trends and Characteristics*. 2009.
- _____. *Airport Market Power Assessment, 'Passengers airport preferences, Results from the CAA Passenger Survey, Working paper, November 2011*. 2011a.
- _____. *Guidance on the assessment of airport market power*. 2011b.
- COMPETITION COMMISSION. *BAA plc: a report on the economic regulation of the London airport companies (Heathrow Airport Ltd, Gatwick Airport Ltd and Stansted Airport Ltd)*. Londres, 2002.
- COPENHAGEN ECONOMICS. *Airport Competition in Europe*. 2012.

- DOGANIS, Rigas. *The Airport Business*. London: Routledge, 1992.
- EUROPEAN COMMISSION. *Competition between airports and the application of state aid rules*. Report by Cranfield University for the European Commission, 2002.
- FIUZA, E.; PIONER, H. *Estudo sobre regulação e concorrência no setor de aeroportos no Brasil*. 2009. Série Estudos Regulatórios da Anac, n. 1.
- GATWICK AIRPORT. *Airport competition: Competing to grow and become London's airport of choice, An initial submission from Gatwick Airport to inform the CAA's review of airport competition*. 2011.
- HANCIOGLU, D. Market Power of Airports. Disponível em: [http://userpage.fu-berlin.de/~jmueller/gapprojekt/downloads/gap_papers/Hancioglu_Market_power_of_Airports_Regulatory_jul_08.pdf]. 2012.
- LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: MIT Press, 1993.
- OCDE. *Airline Report, Roundtable on "Competitive interaction between airports, airlines and rail services"*. 2008.
- _____. *Minority Shareholdings*, OECD Policy Roundtables. Disponível em: [www.oecd.org/dataoecd/40/38/41774055.pdf]. 2008.
- OFT. *UK airports*. Report n. 882. 2006.
- PAVLYUK, D. *Airport Benchmarking and Spatial Competition: a Critical Review*, MPRA Paper 43391. Germany: University Library of Munich, 2012.
- POLK, A.; BILOTKACH, V. *Assessment of the market power of airports*. 2011.
- SALAZAR DE LA CRUZ. A DEA approach to the airport production function. *International Journal of Transport Economics*. vol. XXVI(2). p. 255-270. 1999.
- STARKIE, D.; YARROW, G. *Assessment of Competition at Stansted Airport*. 2008, Disponível em: [www.caa.co.uk/docs/5/ergdocs/080808StanstedCompetitionStarkieYarrow.pdf].
- _____. *The airport industry in a competitive environment: a United Kingdom perspective*. OECD-ITF Discussion Paper No. 2008.15. jul. 2008.
- WANKE, P. Capacity Shortfall and efficiency determinants in Brazilian airports: Evidence from bootstrapped DEA estimates. *Socio-Economic Planning Sciences*. p. 1-14. 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A evolução da regulação do mercado de aviação civil no Brasil e seus impactos sobre a concorrência, de Leandro Alexi Franco – *RIBRAC* 12/41 (DTR\2011\2059), e
- O setor de transporte aéreo de passageiros no Brasil: uma análise da estrutura de mercado, de Gabriela Laplane – *RIBRAC* 13/191 (DTR\2011\2154).

PROPAGANDA ONLINE E PRIVACIDADE – O VAREJO DE DADOS PESSOAIS NA PERSPECTIVA ANTITRUSTE

MARCELA MATTIUZZO

Estudante de graduação em direito na Universidade de São Paulo, intercâmbio em direito na Universidade de Zurique, participou da Escola de Formação SBDP em 2011 e atualmente é assistente de pesquisa na FGV.

ÁREA DO DIREITO: Concorrencial

RESUMO: Alguns dos mais relevantes mercados da Internet costumam ser descritos como mercados de dois lados. Esse trabalho filia-se a uma minoria de autores que entende que grande parte desses mercados não pode ser corretamente compreendida por meio das regras desse modelo. Procura-se demonstrar (i) de que modo plataformas de propaganda online, que fornecem aos seus usuários serviços gratuitos como ferramentas de busca e redes sociais, são na verdade melhor descritas sob um modelo de varejo de dados pessoais e (ii) de que forma essa abordagem modifica a análise antitruste.

PALAVRAS-CHAVE: Plataformas de propaganda online – Mercado de dois lados – Privacidade – Antitruste – Dados pessoais.

ABSTRACT: Some of today's most relevant online markets are usually described as two-sided platforms. This article follows a minority of authors who believe several of the most relevant Web-based businesses are not structurally organized in such a way and cannot be correctly understood by the rules applied to these platforms. The article intends to demonstrate (i) how online advertising markets which provide users free services, such as search engines and social networks, are in fact better described as *one-sided information retailers* and (ii) how this approach would modify antitrust analysis.

KEYWORDS: Online advertising platforms – Two-sided markets – Privacy – Antitrust – Personal data.

SUMÁRIO: Introdução – I. Mercados de dois lados – O modelo econômico tradicional: I.1 O problema “do ovo e da galinha”; I.2 Estrutura de preços e nível de preços; I.3 Efeitos de rede – II. Plataformas de propaganda online como mercados de dois lados: II.1 Interdependência entre usuários e anunciantes: II.1.1 Oportunidades de compra; II.1.2 A (ir)relevância da propaganda; II.1.3 O modelo de dois lados e a propaganda – III. Varejo de dados pessoais – Um mercado unilateral: III.1 A plataforma e os usuários – o mercado a montante: III.1.1 Aquisição de dados pessoais em primeira mão; III.1.2 Aquisição de dados pessoais por terceiros; III.2 A plataforma e os anunciantes – O mercado a jusante; III.3 O mercado das plataformas de propaganda online: III.3.1 Os agentes do mercado – IV. Privacidade e antitruste: IV.1 Privacidade no mercado – A jurisdição antitruste: IV.1.1 O mercado relevante; IV.1.2 Barreiras à entrada; IV.2 Privacidade como direito fundamental – Bibliografia

INTRODUÇÃO

O¹ argumento desse trabalho será apresentado da seguinte forma: o item I traz uma breve descrição dos mercados de dois lados e aponta suas principais caracte-

rísticas. O item II esclarece de que maneira as plataformas de propaganda online (PPOs) têm sido descritas sob esse modelo econômico, ressaltando os motivos pelos quais ele não é o mais adequado para abordá-las. O item III apresenta o modelo alternativo de mercado, o “varejo de dados pessoais”. O item IV busca responder quais seriam as consequências de inserir a privacidade, e mais especificamente os dados pessoais, sob jurisdição concorrencial. Para tanto, explora como o modelo alternativo de varejo de informação seria útil na análise antitruste, voltando-se em especial à coleta de dados pessoais e à maneira pela qual o assunto tem sido inserido nas decisões de autoridades concorrenciais, apontando para a necessidade de inclusão da privacidade como mais uma das preocupações do direito da concorrência.

I. MERCADOS DE DOIS LADOS – O MODELO ECONÔMICO TRADICIONAL

A doutrina e a jurisprudência concorrenciais são praticamente unânimes em afirmar que vários dos mercados online mais importantes devem ser compreendidos como mercados de dois lados. De acordo com tal literatura,² plataformas como a ferramenta de busca Google e a rede social Facebook podem ser inseridas na categoria de mercados de dois lados, pois reúnem dois grupos distintos de consumidores, a saber, usuários e anunciantes. O modelo é também compatível com outros negócios, os quais igualmente apresentam características suficientes para inseri-los neste tipo.³ O que todos eles têm em comum, segundo a doutrina, é (i) a presença de dois grupos de consumidores e (ii) a necessidade de uma plataforma para conectá-los.⁴ Essa peculiaridade surge por ser a plataforma, e *somente* a plataforma, capaz de internalizar os benefícios advindos da presença simultânea dos dois grupos, o que gera interdependência entre eles e, ao mesmo tempo, dependência da plataforma. Três consequências advêm desta estrutura. Primeiramente, o problema “do ovo e da galinha”; em segundo lugar, a necessidade de construção de uma estrutura de preços diferenciada dos mercados tradicionais; por último, os efeitos de rede.

1.1 O problema “do ovo e da galinha”

Qualquer mercado de dois lados é caracterizado pela presença de dois grupos distintos de consumidores. O mercado deixaria de existir se esses dois grupos não

2. (Rochet and Tirole, 2003), (Evans, 2002), (Shapiro and Varian, 1999), (Katz and Shapiro, 1994), entre outros.

3. Alguns exemplos clássicos desses mercados são as empresas de cartão de crédito, de videogames, de sistemas operacionais, as corretoras de imóveis e os shopping centers.

4. O modelo econômico é obviamente muito mais detalhado que essa breve explicação. Não se pretende, no entanto, engajar-se em extensa análise econométrica das proposições e especificidades dos mercados de dois lados, a qual pode ser encontrada em (Rochet and Tirole, Two-Sided Markets: an overview, 2004).

se apresentassem concomitantemente. No entanto, se um grupo A somente pode extrair os benefícios da plataforma se o outro grupo B já for parte dela, e o grupo B, por sua vez, enfrenta o mesmo dilema, sua adesão à plataforma só ocorrerá se for de maneira simultânea.⁵

1.2 Estrutura de preços e nível de preços

Se as plataformas de dois lados funcionam como intermediárias numa transação única, elas devem estabelecer, diferentemente do que ocorre em mercados tradicionais, não só o nível de preços para seus produtos, como também a estrutura de alocação desses preços que demonstre ser a mais adequada para maximização dos lucros.⁶ O modelo dos mercados de dois lados sempre conta com um “loss leader”, ou seja, um grupo de consumidores que subsidiará o negócio, não sendo responsável por nenhum ganho monetário substancial, servindo apenas de atração de clientes para o mercado.

1.3 Efeitos de rede

O modelo de mercado de dois lados não pode ser reduzido às considerações sobre efeitos de rede, mas essa é uma de suas características mais marcantes e que, portanto, mais contribuições recebeu por parte da doutrina.⁷ Um mercado apresenta efeitos de rede quando os consumidores se beneficiam seja (i) de um maior número de agentes no lado oposto da plataforma – efeitos indiretos; ou (ii) de um maior número de agentes do mesmo lado da plataforma – efeitos diretos. Ainda

5. Daí referir-se a doutrina ao problema “do ovo e da galinha”. A questão se torna mais clara pela análise de um clássico mercado de dois lados, o das bandeiras de cartão de crédito. Aqui, as empresas coordenam a relação entre lojistas e compradores. Os compradores só estão interessados em ser parte do mercado se um número suficiente de lojistas aceita o cartão de crédito como forma de pagamento. Os lojistas, por sua vez, só aceitarão os cartões se um número suficiente de compradores optar por esse método de pagamento. Sendo assim, a plataforma precisa trazer ambos os grupos ao mercado *ao mesmo tempo*.

6. Os mercados de videogames e sistemas operacionais, por exemplo, fornecem duas opções distintas de alocação de preços: os produtores de consoles de videogames coordenam a relação entre jogadores e desenvolvedores, os quais estão inseridos na relação de compra e venda de jogos adaptados para um determinado console. A opção é por fazer da principal fonte de lucro do mercado não o jogador, mas o desenvolvedor de games, o qual paga por uma licença a fim de ter acesso ao código do console. Mercados como o de sistemas operacionais, por outro lado, optaram por alocações distintas, tendo no usuário final sua fonte de lucro.

7. (Katz and Shapiro, 1994), (Evans, 2002), (Evans, The Online Advertising Industry: Economics, Evolution, and Privacy, 2009), (Shapiro and Varian, 1999), (Evans and Schmalensee, The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms, 2007) etc.

que nem todos os autores distingam efeitos diretos e indiretos, as consequências de cada tipo, como aponta CLEMENTS, 2004, são diametralmente opostas. Quando a utilidade da plataforma para um dado usuário aumenta paralelamente ao número de consumidores no outro espectro do mercado (isto é, no lado oposto da plataforma), os efeitos são chamados indiretos. Contrariamente, se a maior utilidade advém de um aumento de agentes no mesmo grupo de consumidores, os efeitos são diretos,⁸ observáveis quando o tamanho da rede em si é de alguma relevância para o usuário. Qualquer mercado de dois lados apresenta alguma forma de efeito de rede indireto, enquanto que efeitos diretos estão ausentes em vários deles.

II. PLATAFORMAS DE PROPAGANDA ONLINE COMO MERCADOS DE DOIS LADOS

Boa parte da doutrina que fundou a teoria dos mercados de dois lados também foi responsável por incluir as PPOs como parte desse modelo econômico.⁹ Buscarei mostrar por que os mercados de PPOs não se adequam a essa proposta.¹⁰

II.1 Interdependência entre usuários e anunciantes

Apesar de usuários claramente trazerem benefícios para anunciantes (quanto maior o número de usuários, maior a audiência, maior a notoriedade da marca e a chance de vender produtos), *os anunciantes são, no melhor dos casos, irrelevantes para os usuários*. A propaganda é um preço que os usuários devem pagar a fim de ter acesso à plataforma, mas não é de modo algum valiosa para eles. Isso se dá porque, diferentemente do que ocorre nos exemplos seminais de mercados de dois lados, a PPO tem todas as condições de funcionar sem a presença dos anunciantes. Tal afirmação de que a propaganda não é útil para os usuários de plataformas online pode ser contestada por três argumentos: (i) usuários estão sempre procurando por oportunidades de compra, (ii) a propaganda é sempre útil para os usuários ou (iii) a plataforma não existiria sem os anunciantes. Cada um deles é rebatido a seguir.

8. Autores têm denominações diversas para os efeitos diretos. (Shapiro and Varian 1999) dizem que: "(...) the value of connection to a network depends on the number of other people already connected to it. This fundamental value proposition goes under many names: network effects, network externalities, and demand-side economies of scale. They all refer to essentially the same point: other things being equal, it's better to be connected to a bigger network than a smaller one".

9. (Rochet and Tirole, Platform Competition in Two-Sided Markets, 2003) classificam as plataformas online como "portais", colocando "consumidores" e "anunciantes" nos dois polos complementares; (Evans, 2002) faz referência aos portais de mídia como "criadores de audiência e não de mercado" e inclui "sites de Internet que constituem plataformas de mídia" como parte desse conjunto.

10. Em III.3.1 esclarecerei porque uso o termo PPO para fazer referência a essas plataformas.

II.1.1 Oportunidades de compra

Alguns autores parecem entender que o valor que a propaganda fornece a usuários em PPOs é evidente, pois eles estão determinados a adquirir bens.¹¹ No entanto, a maioria dos internautas não está interessada em comprar bens quando acessa PPOs, eles desejam, isso sim, *adquirir conteúdo*, seja na forma de resultados de busca (os quais podem incluir, mas não são restritos a, buscas por produtos), de interação com outros usuários, de acesso a suas contas de e-mail, etc.¹² Dessa maneira, há razão para afirmar que a maioria dos usuários, quando conduzindo buscas na Internet, não está procurando por oportunidades de compra.

Como reconciliar o *e-commerce* e as ferramentas de busca vertical¹³ especializadas em shopping com a irrelevância da propaganda para usuários de PPOs? O argumento não é, por óbvio, o de que a propaganda é irrelevante para aqueles que buscam por oportunidades de compra, mas sim de que tanto o *e-commerce* quanto as ferramentas de busca verticais especializadas em shopping *são parte de um mercado distinto*. Sobre o *e-commerce*, é suficiente dizer, no momento, que não há um mercado baseado na venda de propaganda e, sim, na venda de bens e serviços,

11. (Varian, 2006), p. 179 sugere tal conclusão ao chamar o Google de “yenta” (ou match-maker), afirmando que essa plataforma combina “pessoas que buscam informação” com “pessoas que fornecem informação”, assim como “pessoas que querem comprar coisas” com “pessoas que querem vender coisas”.
12. (Rose and Levinson, 2004) classificam os resultados de busca com base no objetivo que o usuário busca atingir com a pesquisa em: (i) busca de informação – aquela conduzida quando o usuário deseja localizar *conteúdo*, seja por meio de uma chave de busca bastante restrita ou extremamente ampla, incluindo desde conselhos [advice] até pesquisas para trabalhos escolares, (ii) busca de navegação – usuários que procuram por uma *organização, instituição ou pessoa específica* e tem como objetivo encontrar sua homepage e (iii) busca de transação – os usuários estão interessados em um *produto* ulterior. Buscas por produtos fariam parte do último grupo, visto que os usuários estão interessados em adquirir um artigo ou serviço fornecido não pela ferramenta de busca ela mesma, mas por uma outra empresa. Os autores concluíram que “cerca de 40% das buscas eram não informacionais em todos os casos e uma grande parcela das buscas informacionais pareciam ser tentativas de localizar um produto ou serviço, ao invés de adquirir conteúdo”. Tais resultados dariam razão aos que afirmam que buscas de informação são de fato muito menos dominantes do que pretendemos afirmar. No entanto, pesquisas posteriores conduzidas por (Jansen, Booth and Spink, 2008), baseadas na mesma tipologia tripla, concluíram que mais de 80% das chaves de busca analisadas eram informacionais. Eles afirmam que “a variação na porcentagem de chaves navegacionais e transacionais [em relação à pesquisa de Rose e Levinson] pode estar relacionada ao número de amostras utilizadas nas pesquisas previamente conduzidas (muito menores que as usadas nesse caso) e a distribuição via power log dessas chaves”.
13. Ferramenta de busca vertical é aquela focada num setor específico, em contraposição às ferramentas horizontais, cujo objetivo é buscar em toda a web. Exemplos de ferramentas verticais são TripAdvisor, BuscaPé, Decolar.com, Shopping UOL, entre outras.

o que altera substancialmente os modelos de negócio e de mercado.¹⁴ Quanto às ferramentas de busca verticais, ainda que tenham por base de lucro a venda de propaganda, elas *fornece informação na forma de anúncios*.¹⁵ Se o que a maioria dos usuários deseja é conteúdo e ele, no caso das ferramentas verticais, é fornecido via anúncio, a propaganda torna-se relevante. A existência de ferramentas de busca vertical não prejudica o argumento aqui apresentado. Trata-se de plataformas distintas, com funcionalidades diferentes, direcionadas especificamente a usuários que buscam por oportunidades de venda e, conseqüentemente, valorizam a propaganda, o que indica que tais oportunidades *não são o que usuário padrão está buscando*. Não se nega a utilidade dos anúncios para um grupo específicos de usuários, mas não se pode daí concluir que a propaganda é útil e relevante para todos eles.¹⁶

II.1.2 A (ir)relevância da propaganda

Anúncios não são sempre úteis para quaisquer usuários, independentemente de suas razões para acessar uma plataforma, pois a propaganda não é apenas mais um meio de fornecer informação. Ela pode ser enganosa,¹⁷ além de apresentar ao usuário um número muito maior de oportunidades do que ele deseja encontrar, dificultando a navegação e a busca por conteúdo – esse excesso de informação é precisamente o que tornou alguns negócios “pontocom” tão rentáveis, por proporcionarem meios de seleção de conteúdo. Ao inserir propaganda em suas páginas, as empresas apresentam aos usuários mais informação do que eles pretendem acessar e, assim, provocam irritação ou mesmo aborrecimento.¹⁸

14. As razões pelas quais tais sites não são parte do mercado de PPOs aqui proposto serão delineadas com maior clareza no item III.

15. Resultados de busca em ferramentas de busca vertical especializadas em shopping são determinados não exclusivamente pelo critério de relevância, mas também pelo modelo de lances em leilão. Assim, o que a plataforma exhibe como conteúdo já é aquilo que fornece seu retorno financeiro. Esse arranjo é substancialmente distinto do que ocorre nas PPOs e pode inclusive ser descrito como um mercado de dois lados.

16. Um exemplo pode auxiliar na compreensão desse ponto: o Google desenvolveu uma ferramenta para shopping, chamada Google Shopping, e decidiu operá-la com base em algoritmos orientados por preço de leilão, diferentemente do que ocorre com sua plataforma de busca padrão, Google Search. É provável que o Google tenha optado por essa divisão por entender que o usuário padrão não está buscando por oportunidades de compra e sim por conteúdo e, portanto, possuir uma ferramenta de busca mais específica permitiria que a empresa segregasse os casos em que esse conteúdo é igual a anúncios, o que, por sua vez, possibilita aumento de lucro. O Shopping não é um mecanismo específico da busca orgânica, ele é uma plataforma distinta que funciona sob especificações próprias, cujo objetivo é atender a um grupo de usuários diferenciado.

17. Ver (Bloom and Krips, 1982).

18. Ver (Hairong, Edwards and Lee, 2002).

II.1.3 O modelo de dois lados e a propaganda

Ainda que nem todos os usuários pretendam adquirir produtos quando acessam plataformas online, e que consideremos que a propaganda não é sempre útil para internautas, ainda se pode dizer que ela é um “mal necessário” para o funcionamento do mercado das PPOs, dado que esse mercado é uma plataforma de dois lados e que os benefícios produzidos por cada um dos grupos participantes não podem ser internalizados de nenhuma outra forma. Não é o caso, como veremos, porque PPOs não são estruturalmente plataformas de dois lados.

II.1.3.1 O problema “do ovo e da galinha”

Uma das dificuldades que as empresas enfrentam num mercado de dois lados é a atração simultânea de ambos os grupos de consumidores. Se um dos grupos só se beneficia do mercado com a existência do grupo oposto, eles aderirão à plataforma concomitantemente ou não terão qualquer interesse nela. Tal problema não se apresenta no caso das PPOs. Aqui, a resposta à pergunta “quem vem antes?” é bastante evidente: os usuários. Para sequer considerar a possibilidade de inserção de propaganda, a plataforma precisa dos usuários, mas não há qualquer necessidade de anúncios para que os usuários sejam atraídos à plataforma.

O argumento padrão contra essa afirmação é o de que, ainda que os anunciantes não sejam essenciais para atrair usuários, o fornecimento do serviço só é viável porque as empresas obtêm lucro por meio de propaganda, o que permite que elas mantenham ou aumentem as funcionalidades da plataforma. No entanto tal investimento não advém necessariamente da propaganda, essa é apenas uma contingência do modelo de negócio desenvolvido, ainda que esse modelo seja amplamente difundido.¹⁹

II.1.3.2 Estrutura de preços e níveis de preços

Como visto em I.2, plataformas de dois lados enfrentam uma dificuldade extra, pois são intermediárias numa transação, o que significa dizer que têm de coordenar uma estrutura de preços para seu produto e não somente estabelecer um nível de preço. PPOs, por outro lado, não intermedeiam relações entre grupos engajados

19. Digamos que exista uma PPO, a empresa “X”, que decide basear seu negócio não em propaganda, mas no pagamento direto de usuários. “X” exclui completamente qualquer tipo de propaganda de sua página e, ao invés disso, cobra para que os usuários acessem o site. Esse negócio é, em teoria, viável, e poderia sobreviver sem anúncios – é o caso da Netflix. Sua existência sem um dos grupos da plataforma permite compreender porque as PPOs não são um mercado de dois lados. Essa não é uma possibilidade para mercados efetivamente de dois lados, em que nenhum dos grupos envolvidos é dispensável.

numa única transação. Não há singularidade, mas duas operações distintas, (i) uma entre a plataforma e os anunciantes, a qual por hora será definida como “a venda de anúncios”, e (ii) uma entre a plataforma e os usuários, identificada, no momento, como “a troca de funcionalidades por informação”.²⁰ Ao entender o mercado dessa maneira, não há que se falar em estrutura, apenas em níveis de preços. Consequentemente, o conceito de “loss leader” deixa de ser pertinente. Se o usuário não é parte da transação responsável pelo ganho financeiro, ele não pode ser a razão para qualquer perda. Aqui, os usuários não podem ser considerados meros consumidores, eles são verdadeiros *fornecedores de matéria-prima*. Se é assim, ainda que a plataforma não perceba benefícios monetários diretos da transação, o que os usuários proporcionam não é somente um meio de potencializar vendas, como ocorre com os “loss leaders”, é sim o produto que a plataforma mais tarde revenderá aos anunciantes: os dados pessoais.

II.1.3.3 Efeitos de rede e internalização de benefícios

Uma plataforma será um modelo de dois lados quando ambos os grupos de consumidores forem interdependentes e, também, dada sua habilidade de internalizar benefícios produzidos pelo lado oposto do mercado. Ela será capaz de comportar-se dessa forma por conta dos efeitos de rede particulares a essas estruturas. PPOs divergem desse modelo de duas formas: (i) elas não contam com efeitos de rede indiretos e (ii) quase sempre apresentam efeitos de rede diretos.²¹⁻²² Se ambos os lados do mercado não são interdependentes e se não exteriorizam benefícios a serem internalizados pela contraparte, não há razão para descrever as PPOs como mercados de dois lados e é preciso propor um modelo alternativo para caracterizá-las.

20. Especificidades de ambas as transações serão analisadas em maior detalhe no item III.

21. A ausência de efeitos indiretos foi desenvolvida durante todo o item II do trabalho. Pelas razões acima mencionadas, ainda que os anunciantes beneficiem-se de um maior número de usuários na plataforma, estes usuários não têm nada a ganhar com um maior número de anunciantes. (Rochet and Tirole, *Two-Sided Markets: A Progress Report*, 2006) indicam reconhecer essa particularidade das PPOs. Outros autores como (Evans and Schmalensee, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, 2007), claramente identificam essas características, denominando-a “efeitos indiretos negativos”. Uma vez mais, os efeitos são negativos porque os usuários estão interessados em conteúdo, o qual pode ser oferecido pela plataforma independentemente dos anúncios. Assim, não há benefícios externalizados por anunciantes a serem internalizados pelos usuários, já que a propaganda ou é uma desvantagem ou é irrelevante.

22. Efeitos de rede diretos podem ser observados em pelo menos um dos grupos de consumidores de PPOs, já que o tamanho da plataforma em si é relevante para os usuários. As redes sociais são o exemplo mais claro desse fenômeno.

III. VAREJO DE DADOS PESSOAIS – UM MERCADO UNILATERAL

Ainda que as PPOs sejam vistas por empresas “pontocom” como mercados de dois lados, essa premissa não deve ser aceita. Não há nada que impeça as autoridades antitruste de analisar o mercado de forma diferenciada, desde que essa análise possa ser sustentada por um modelo econômico adequado. Por esse motivo, um trabalho que propõe uma abordagem distinta tem o ônus de apresentar também bases mínimas sob as quais essa abordagem pode ser construída. Assim, adota-se aqui a proposta de Giacomo Luchetta denominada Constant Unidirectional Network Externalities (CUNE).²³ Segundo o autor, um mercado como o Google é composto de dois mercados unilaterais, (i) um primeiro, do qual fazem parte usuários e a própria plataforma e (ii) um segundo, em que se relacionam anunciantes e plataforma. A afirmação pode parecer peculiar, visto que o primeiro mercado comporta uma relação “gratuita” e que normalmente não seria descrita como econômica, no sentido de onerosidade com que o termo é comumente utilizado. Luchetta, no entanto, sugere que as PPOs não disponibilizam seus serviços gratuitamente, elas na verdade adquirem dados pessoais de seus usuários em troca do oferecimento de funcionalidades. A primeira transação é dependente da segunda na medida em que os anunciantes estão interessados na plataforma por sua habilidade de acessar as informações pessoais dos usuários. Ainda assim, são arranjos completamente distintos.

III.1 A plataforma e os usuários – O mercado a montante

A origem de uma PPO é geralmente sua relação com usuários. Muitos dos negócios multibilionários de hoje em dia começaram sem ideias claras sobre como monetizar seus produtos, estando primordialmente preocupados em criar mecanismos inovadores, fossem eles inéditos ou capazes de incrementar significativamente a tecnologia já existente. A monetização veio depois, sendo a propaganda o fator comum a todas essas plataformas. A partir de então, a prática de *behavioral targeting* tornou-se a menina dos olhos dos anunciantes.²⁴ A Internet proporcionou a seleção de audiência com um alto grau de especificidade, baseando-se não em uma, mas em diversas das ações dos usuários. Pela primeira vez, os websites puderam criar bases

23. Não trataremos dos detalhes do modelo econômico, que podem ser encontrados em (Luchetta, 2014).

24. *Behavioral targeting* (ou direcionamento comportamental, na tradução literal) é um método de captura de dados de usuários e posterior uso dessas informações para fornecimento de propaganda direcionada, ou seja, selecionada de acordo com os supostos interesses desses usuários. Para uma análise detalhada sobre como *behavioral targeting* é utilizada para propaganda online e como tal uso apresenta riscos à privacidade, ver (Hoofnagle et al, 2012).

de dados por meio do monitoramento das “pegadas virtuais”, fornecendo informações sobre o que os usuários fazem, gostam, valorizam. Foi a oportunidade ideal para que as empresas “pontocom” monetizassem seus negócios. A fim de adquirir os dados pessoais dos usuários e ter sucesso na monetização, as plataformas precisavam monitorar a atividade dos internautas. O que se sugere é que essa troca entre usuários e plataformas, na qual aqueles cedem acesso a suas informações pessoais para receber funcionalidades destas, deve ser descrita como uma transação econômica relevante para os propósitos da análise antitruste. A fim de melhor elucidar o argumento, demonstraremos como os dados pessoais são ativamente perseguidos pelas PPOs.

III.1.1 Aquisição de dados pessoais em primeira mão

Dados pessoais podem ser adquiridos por PPOs utilizando mecanismos diretamente disponíveis a elas, por meio do monitoramento de usuários enquanto estes se servem das funcionalidades oferecidas pelas próprias plataformas. Esses dados representam capacidade de criar perfis, o que deu ensejo a debates centrados nas políticas de privacidade.²⁵ Além de relevantes em matéria de regulação da privacidade online, o que cumpre observar quando se trata da relação usuário-plataforma é a conexão necessária entre aquisição de dados pessoais e expansão das funcionalidades da plataforma. Há uma troca, frequentemente ignorada pelos usuários, entre a PPO e os internautas. Funcionalidades não são desenvolvidas meramente para oferecer uma melhor experiência a internautas, ainda que esse seja um dos objetivos. Elas também pretendem mantê-los online por períodos mais longos de tempo, o que consequentemente oferece às PPOs mais informações sobre suas atividades. Quanto mais funcionalidades, mais razões para permanecer online, portanto mais dados coletados e mais oportunidades para oferecer propaganda. Se é assim, torna-se evidente que o usuário não é meramente um *loss leader* que a PPO deve suportar a fim de garantir a viabilidade de seu negócio, mas sim *a fonte do próprio negócio*, o fator que possibilita sua existência.

III.1.2 Aquisição de dados pessoais por terceiros

A necessidade de adquirir dados pessoais é tão premente e o mercado tão competitivo que as empresas não mais se satisfazem com as informações que conseguem adquirir por meio de seus próprios websites. Elas buscam outros métodos

25. (Grimmelmann, 2010), por exemplo, analisou os riscos postos pelos termos de uso do Facebook, enquanto que (Hoofnagle, Beyond Google and evil: How policy makers, journalists and consumers should talk differently about Google and privacy, 2009) salientou os problemas decorrentes das práticas do Google.

de acessar os dados pessoais dos usuários fora de suas plataformas. Esses métodos incluem mecanismos de monitoramento (cookies, beacons, HTML5, ETags etc.), TACs (do inglês, *traffic acquisition costs*), acordos com outras PPOs a respeito de compilação de dados e também criação de uma indústria de monitoramento. Sobre este último, algumas considerações adicionais são pertinentes.

A proeminência dos dados pessoais é hoje tamanha que deu origem a um novo ramo de empresas, conhecidas como “Web Analytics”. Adobe Analytics, MixPanel, GoogleAnalytics e várias outras são voltadas a coletar informações sobre o comportamento online de usuários e conferir-lhes significado, a fim de auxiliar outras empresas a melhorar suas estratégias de negócio. Como ressalta o Google Analytics: “Seus clientes vão a todo lugar; não deveriam suas estatísticas fazer o mesmo? Google Analytics dá a você a figura completa do comportamento de seus usuários em propagandas e vídeos, websites e ferramentas sociais, tablets e smartphones. Isso torna mais fácil servir aos seus clientes atuais e também conquistar novos”.²⁶ O grupo também é composto por plataformas como DoubleClick, Xaxis e Conversant Media, responsáveis por propaganda digital oferecida via monitoramento e direcionamento de usuários.²⁷⁻²⁸

III.2 A plataforma e os anunciantes – O mercado a jusante

Como dito, ainda que as PPOs não sejam plataformas de dois lados, elas mantêm relações com anunciantes por meio do oferecimento de espaço publicitário. A

26. (Google, 2014). Na versão em português, eis o que diz o Google: “O Google Analytics não apenas permite a você avaliar vendas e conversões, mas também apresenta informações atualizadas sobre como os visitantes usam seu site, como chegaram até ele e o que você pode fazer para que retornem” (Google Brasil, 2014).

27. Nas palavras da Conversant: “Por décadas os comerciantes têm sonhado em engajar-se com cada um de seus clientes num nível personalizado. Hoje, graças à Plataforma de Personalização Conversant (*Conversant Personalization Platform*, no original em inglês), muitas das marcas líderes mundiais estão se engajando com seus clientes num nível profundamente pessoal. Nossa plataforma oferece tudo o que é necessário para ajudá-lo a entregar comunicação mais personalizada e individualizada. Mais que isso, foi feita pensando em flexibilidade; os níveis de personalização, integração de dados, desenvolvimento criativo, entrega *cross-channel* e medição da sofisticação são completamente deixados a cargo de suas preferências” (Conversant, Inc. 2014).

28. Frise-se que tais empresas de monitoramento não são concorrentes diretas das PPOs. Elas são parte de um mercado, ainda que conectado, distinto. Um interessado em obter informações sobre usuários que visitam sua página inicial pode perfeitamente contratar os serviços de uma empresa de monitoramento a fim de potencializar as vendas de seus produtos e esse interessado não precisa ser uma PPO. Não há como negar, no entanto, que o monitoramento desempenha um papel especialmente relevante quando se trata de propaganda em plataformas online.

questão, nesse ponto, é como diferenciar o mercado a jusante das PPOs de outros mercados de propaganda, a fim de verificar se eles são de fato distintos ou se pertencem ao mesmo mercado relevante. Costuma-se afirmar que a propaganda online constitui um mercado próprio. Para confirmar ou rejeitar essa afirmação, é preciso averiguar (i) se serviços fornecidos online são significativamente distintos ou similares de outras oportunidades de anúncio e (ii) se o mercado a jusante das PPOs e o restante da propaganda online concorrem entre si.

Já foi dito que o uso de dados pessoais como o meio para produzir e selecionar espaço publicitário é a característica distintiva do mercado a jusante de que trata esse trabalho. Poder-se-ia então entender que “o que é relevante para delinear as fronteiras entre [PPOs e outros] mercados é o grau de perfilamento de usuários”. Essa é a posição de Luchetta. Aqui, no entanto, defendo uma abordagem distinta. Ainda que a capacidade de criação de perfis seja certamente relevante, não é apenas a habilidade de perfilar ou o grau de perfilamento que distingue o mercado a jusante de PPOs, é preciso também atentar para a *monetização dos dados pessoais de usuários*. O grau de perfilamento pode excluir certas empresas do mercado das PPOs, em especial aquelas que oferecem serviços off-line, já que elas geralmente não possuem a mesma quantidade de informações a partir das quais podem selecionar espaço publicitário.²⁹ Nesse sentido, essa noção é muito útil. No entanto, falar em criação de perfis cria outro desafio: deveriam todos os agentes tecnicamente capazes de perfilamento em alto grau ser parte do mesmo mercado relevante? A resposta é negativa, já que é perfeitamente possível conceber uma empresa que agrega enormes quantidades de informações pessoais de usuários, utiliza-as (ou é capaz de utilizá-las) para criação de perfis, mas ainda assim nunca monetiza esses dados, em outras palavras, nunca transforma essa informação em matéria-prima. Um exemplo de empresa desse tipo é a Amazon e, por extensão, o *e-commerce* em geral. É evidente que uma plataforma como a Amazon tem uma ampla gama de informações sobre seus usuários e é certamente capaz de perfilá-los com alto grau de detalhamento. Assim, haveria razão para crer, a primeira vista, que ela é parte do mercado das PPOs. No entanto esse não é o caso, pois ela não é uma plataforma de propaganda online. Não apenas o negócio da Amazon é bastante distinto, por se basear em varejo tradicional de bens (e não propaganda),³⁰ mas também, como mencionado em II.1.1, usuários em plataformas *e-commerce* estão buscando por oportunidades de compra, diferentemente do que acontece nas PPOs, em que eles buscam por conteúdo. Assim, ainda que a Amazon venda propaganda, tais anún-

29. Como visto em III.1, a propaganda online atraiu anunciantes exatamente porque possibilitou mais opções de direcionamento, por conta de mais informação obtida de seus usuários.

30. Os relatórios financeiros da Amazon esclarecem sua estrutura de negócio (Amazon.com, 2014).

cios serão úteis para os internautas, o que significa dizer que há, em certo grau, interdependência entre usuários e anunciantes, indicando que o mercado é de dois lados e, portanto, estruturalmente distinto do mercado das PPOs.³¹

III.3 O mercado das plataformas de propaganda online

No mercado a montante, usuários fornecem dados pessoais a PPOs em troca de funcionalidades. No mercado a jusante, por outro lado, PPOs vendem espaço publicitário a anunciantes. Se é assim, e se a conclusão anterior for aceita, ou seja, se entendermos que PPOs não são mercado de dois lados, como então conectar o mercado a montante e o mercado a jusante? A resposta se apresenta nos dados pessoais. PPOs vendem espaço publicitário, que é selecionado por meio de *behavioral targeting*. *Behavioral targeting*, por sua vez, só é possível por conta do acesso aos dados pessoais de usuários. É por esse motivo que o mercado de PPOs conta com um mercado a montante e com um mercado a jusante, porque os dados pessoais são a matéria-prima da qual as plataformas de propaganda são feitas. As características essenciais que descrevem as PPOs, portanto, são (i) o mercado a montante, em que usuários interagem com a plataforma, trocando dados pessoais por serviços, (ii) o mercado a jusante, onde anunciantes compram espaço publicitário da plataforma, e (iii) a conexão entre ambos por meio de dados pessoais, a matéria-prima utilizada pela plataforma.

III.3.1 Os agentes do mercado

A consequência imediata das observações anteriores é perguntar quais empresas propriamente fazem parte do mercado das PPOs. Esse mercado deve ser definido não pelo uso que a plataforma tem para os internautas (Facebook e LinkedIn são redes sociais, Google, Yahoo! e Bing são ferramentas de busca, Gmail e Hotmail são provedores de e-mail), mas sim pelo uso que a plataforma faz dos dados pessoais (todas elas coletam informações de seus usuários e as utilizam como matéria-prima para seu negócio de propaganda). Em outras palavras, é preciso abandonar uma definição de mercado baseada em produtos, pois essa abordagem não é capaz de capturar as complexidades da compreensão de dados pessoais como matéria-prima.³² Apesar de oferecerem funcionalidades distintas, Google, Facebook, Hotmail, LinkedIn, Yahoo!, Bing e muitas outras empresas (i) contam com um mercado a montante

31. Cumpre ressaltar que a Amazon vende espaço publicitário, porém que essa não é a atividade principal da empresa.

32. (Luchetta, 2014), p. 22-23: "As a consequence, however, we need to give up a product-based market definition, referring to the service which is provided (ads and searches), to adopt an approach which considers that Google's asset is the collection and the use of personal information".

entre usuários e plataforma, (ii) fornecem espaço publicitário no mercado a jusante e (iii) conectam esses mercados por meio de dados pessoais ao transformar informação em matéria-prima. Elas deveriam, por essa razão, ser classificadas como PPOs.

IV. PRIVACIDADE E ANTITRUSTE

Busquei descrever o mercado de PPOs e apresentar uma proposta alternativa pela qual ele pode ser compreendido, segundo a qual a privacidade é um produto e, consequentemente, parte do mercado. Quando se reconhece a existência do varejo de dados pessoais, outra questão se coloca: qual é o papel do antitruste nessa problemática? Trata-se na realidade de uma discussão mais ampla sobre o modo pelo qual o Estado decidirá regular (ou omitir-se de regular) a privacidade no mercado. Há dois caminhos possíveis: (i) aquele que reconhece que a privacidade tem sido, ao menos parcialmente, convertida em produto e deve ser tratada como tal, o que estabelece incontestável jurisdição concorrencial sobre o tema – e aqui inclui-se também a opção pela ausência de regulação, pois ela não deixa de ser uma opção da Administração ou (ii) aquele que percebe a tendência de conversão da privacidade em produto, mas recusa-se a aceitar esse processo, preferindo reafirmar suas características de direito fundamental e afastar a jurisdição concorrencial. O presente item dedica-se a, primeiramente, indicar alguns aspectos da análise antitruste que precisam ser enfatizados no caso de adotar-se o primeiro desses caminhos e, em segundo lugar, a oferecer uma breve explanação sobre os motivos pelos quais a conversão pura e simples de dados pessoais em produto pode ser problemática.

Poder-se-ia argumentar, uma vez que não é claro qual dos caminhos será trilhado pelo Estado e ele pode optar por regular a privacidade em termos exclusivamente de direitos fundamentais, que as autoridades antitrustes deveriam permanecer silentes. Tal afirmação é errônea, pois (i) é bastante provável que seja impossível reverter a situação atual, em outras palavras, excluir completamente a privacidade do mercado, uma vez que a decisão não depende somente do governo, mas de empresas e de usuários, ambos os quais dificilmente concordarão com um processo de total reversão, (ii) ainda que tal reversão seja possível, há situações com que as autoridades devem lidar *de imediato*, que já apresentam a privacidade como parte do mercado, independentemente de qualquer ação governamental. Sendo assim, e visto ser preciso encontrar uma forma de analisar a privacidade dentro da jurisdição antitruste, ao menos nestes casos atuais, desenvolve-se o presente item.

IV.1 Privacidade no mercado – A jurisdição antitruste

O aspecto comum que sempre se verifica quando uma autoridade determina que dada situação deve ser submetida à análise antitruste é sua relação com o mercado, afinal é com o funcionamento de mercado que esse ramo do direito está principalmente preocupado. Em se tratando de PPOs, tal relação é estabelecida por meio da

transformação de dados pessoais em matéria-prima, como descrito no item III. O que é preciso agora estabelecer é como esse processo pode afetar o antitruste.³³ Os efeitos certamente variam caso a caso e seria inviável tratar de todos os possíveis cenários nesse espaço. Ainda assim, voltarei minha atenção a dois tópicos recorrentes em análise concorrencial que podem sofrer alterações sob essa abordagem.

IV.1.1 O mercado relevante

O mercado relevante é parte essencial de várias investigações, mormente aquelas sobre atos de concentração. A fim de verificar quais são os impactos de uma fusão entre empresas, é preciso primeiramente determinar em qual mercado elas atuam e qual mercado será afetado.³⁴ Como mencionado no item III, a melhor forma de descrever e determinar um mercado relevante para PPOs é por meio de considerações sobre compilação de dados pessoais e sua monetização, o que implica o abandono de uma abordagem centrada na utilidade da plataforma para o usuário. Uma vez que os mercados a montante e a jusante são identificados, e sua conexão via informações pessoais é estabelecida, é irrelevante verificar se os usuários entendem que duas plataformas são substituíveis. O foco deve ser como a PPO seleciona espaço publicitário e com quem ela compete quando da venda de anúncios – ou seja, a relação plataforma-anunciante.³⁵ As consequências de tal abordagem são significativas. Alguns dos maiores negócios da indústria da Internet, até então considerados parte de diferentes mercados e, portanto, não concorrentes, teriam de ser repensados. Deixa de ser pertinente se o Google oferece serviços de busca, o Facebook, de rede social, e o Hotmail, de provedor de e-mails, o que importa é a *percepção dos anunciantes sobre essas plataformas*.³⁶

Determinar com mais clareza o mercado relevante, além de ser indispensável para análises em atos de concentração, é essencial para a atividade regulatória. Se a privacidade tem se transformado (ao menos parcialmente) em produto e o Estado opta por controlar esse processo, ele deve conhecer os responsáveis pela monetização. Dessa forma, pode detectar como a mudança tem ocorrido, quais são seus limites e, por certo, suas implicações. Só assim é possível propor métodos regulatórios adequados.

33. (Gerardin and Kuschewsky, 2013) apresentam impressões iniciais sobre direito concorrencial e coleta de dados no contexto da União Europeia.

34. Para mais sobre definições de mercado relevante, (Forgioni, 2010), p. 210-237 e (Salomão Filho, 2013), p.155-185.

35. Casos já analisados pelo Cade, como o AC 08012.010585/2010-29, seriam diretamente afetados em relação à determinação de mercado relevante.

36. (WordStream, Inc. 2012) *apresenta uma comparação entre os mecanismos de propaganda do Google e do Facebook*.

IV.1.2 Barreiras à entrada³⁷

Apesar das constantes afirmações de que, quando falamos em Internet, “competition is one click away”,³⁸ essa descrição não parece corresponder à realidade. Há boas razões para afirmar que os dados pessoais se tornaram essenciais para o mercado de propaganda, pois a maioria dos líderes de mercado adquiriu esse ativo ao longo do tempo, inicialmente sem custos adicionais, uma vez que recorriam primordialmente às ferramentas de seus próprios sites para fazê-lo. Se, no entanto, um novo agente decide competir com as PPOs já estabelecidas, ele precisa arcar com um custo significativo para adquirir as mesmas informações. Esse debate é particularmente relevante em matéria de funcionalidades de plataformas de busca e adquiriu força com a introdução do produto Bing, da Microsoft, no mercado em 2009. O Bing pretendia competir com a ferramenta de busca Google, mas não logrou ameaçar a posição dominante da empresa, o que fez com que se questionasse a capacidade da Microsoft em desenvolver um algoritmo de busca eficiente sem contar com uma das maiores vantagens do veterano no mercado: grandes quantidades de dados. Poderia a incapacidade do Bing em estabelecer-se como um rival legítimo dever-se à falta de dados pessoais? Em outras palavras, seria o Bing simplesmente incapaz de desenvolver uma ferramenta de busca igualmente eficiente, e assim atrair mais usuários, porque o Google impõe uma barreira à entrada na forma de dados pessoais?³⁹ A resposta parece ser negativa, vez que a Microsoft, depois de tentar durante anos,⁴⁰ logrou desenvolver uma ferramenta igualmente capaz, além de ter ganho espaço no mercado de busca.⁴¹⁻⁴² No entanto, uma conclusão definiti-

37. Há controvérsia a respeito do que seriam barreiras à entrada. Na perspectiva de Joe. S. Bain, “uma barreira à entrada é algum fator de mercado que permite que empresas já parte desse mercado obtenham lucros monopolistas, enquanto impedem outros agentes de adentrar a indústria”. Segundo George J. Stigler, por outro lado, uma barreira à entrada é “um custo de produção (em alguma ou toda taxa de produção) com que uma empresa que pretende adentrar certo mercado deve arcar, mas não é uma preocupação das empresas já parte desse mercado” (Hovenkamp, 2005).

38. Larry Page, cofundador do Google, cunhou essa frase ao referir-se a investigação da FTC sobre as práticas da empresa, e ela se tornou recorrente na literatura.

39. (Cleland and Brodsky, 2012) abordam a questão, ainda que de maneira um tanto quanto breve.

40. (Yarow, 2013) destaca que a Microsoft gastou cerca de US\$ 11 bilhões com o Bing, na tentativa de competir com o Google.

41. Outra resposta possível diz que a Microsoft na realidade usou dados pessoais para o Bing, porém esses dados teriam sido adquiridos de outra forma, especificamente via mercado de softwares e Internet Explorer.

42. (Chiou and Tucker, 2014) defendem que grandes quantidades de dados teriam menos impacto na competitividade de ferramentas de busca do que pretende-se assumir.

va sobre a função desempenhada pelos dados pessoais nos serviços de busca requer análise pormenorizada de algoritmos, o que não parece viável no futuro próximo.⁴³

IV.2 Privacidade como direito fundamental

A privacidade é hoje conceitualmente entendida como direito fundamental. O que então significa aplicar uma lógica de mercado a um direito desse tipo? Muito dessa discussão remete a um debate notório que tem por tema o que o direito – e por extensão o direito antitruste – deve tutelar, debate este que se tornou famoso pelas mãos de Guido Calabresi, Ronald Dworkin e Richard Posner.⁴⁴ Perguntar se uma “lógica de mercado” merece aplicação, leva-nos a questionar qual seria essa lógica. Se por ela se entende a necessidade de avaliar a eficiência e a maximização de ganhos, é preciso refletir se esse pensamento é adequado para o caso da privacidade. Entendo que Dworkin tem razão quando diz que a abordagem da eficiência não é a mais adequada, já que o objetivo do direito não pode ser assegurar eficiência, pois ela não é um valor.⁴⁵ Seria possível, no entanto, afirmar que a eficiência tem um papel a desempenhar na teoria do direito e que esse papel é particularmente enfático no antitruste. Nesse caso, a questão é diferente: a fim de saber se a análise antitruste da privacidade é defensável, é preciso primeiro determinar o que o antitruste de fato protege. Esse é outro tópico que rendeu debates acirrados ao longo dos anos.⁴⁶ Se a conclusão é, como parece ser o caso, que o objetivo primeiro do antitruste também não é resguardar a eficiência por si só, não deveria haver nenhuma barreira intransponível para se conceder às autoridades concorrenciais autoridade sob a privacidade.⁴⁷ Dificuldades, no entanto, ainda se apresentam. Duas delas são particularmente evidentes: a questão do *enforcement* dos direitos fundamentais e a

43. O segredo em torno de algoritmos de busca é o mais bem guardado dessa indústria e é extremamente improvável que Google, Microsoft e outras tenham qualquer intenção de mudar esse cenário. Tanto é verdade que as empresas optaram por não patentear as invenções exatamente para mantê-las sob sigilo.

44. O debate se deu quando Dworkin publicou *Is Wealth a Value?* e teve continuidade no *Hofstra Law Review*, com respostas diretas de Calabresi e Posner (*About Law and Economics: a Letter to Ronald Dworkin e A Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law*, respectivamente).

45. (Dworkin, *Why Efficiency?* A Response to Professors Calabresi and Posner, 1980) fornece réplicas tanto a Calabresi quanto a Posner que me parecem convincentes nesse sentido.

46. Robert Bork é um dos principais autores da Escola de Chicago, a qual fala em eficiência como valor antitruste. O próprio Dworkin é um crítico, assim como outros autores auto-identificados na linha pós-Chicago, entre eles Hovenkamp.

47. É evidente que essa autoridade se daria dentro de limites, pois não pretendo sustentar que a autoridade antitruste seria absolutamente livre para efetivar essa proteção da maneira que bem desejasse.

conciliação de uma perspectiva de mercado, guiada pela disponibilidade dos bens, com as características dos direitos fundamentais.

Visto que diferentes países possuem abordagens distintas à teoria dos direitos fundamentais, é elementar que as respostas a essas questões variarão de jurisdição para jurisdição.⁴⁸ Mas a necessidade de engajar-se num debate sobre o tema permanece. Descartar a priori o assunto, ao invés de proteger os consumidores e garantir um melhor funcionamento do mercado, não é senão recusar-se a enxergar o problema. Não significa que a privacidade será excluída do mercado, nem previne contra desenvolvimentos futuros que vão além do presente uso de dados pessoais para fins de propaganda, mas somente procrastina a discussão. Em algum momento, as autoridades antitruste terão de endereçar a questão. Quanto mais rápido o fizerem, melhores as chances de controle sob a situação e a possibilidade de impor seus próprios termos regulatórios.⁴⁹ Quanto mais o debate for adiado, mais estabelecidas estarão as preferências das empresas e mais difícil será impor ou influenciar alguma mudança.

BIBLIOGRAFIA

- Amazon.com. "Quarterly Results". Investor Relations. 2014. Disponível em: [<http://phx.corporate-ir.net/phoenix.zhtml?c=97664&p=irol-reportsother>]. Acesso em: 06.07.2014.
- BLOOM, Paul N., and Jeanne Krips. An Experiment in the Economics of Advertising. *Journal of Marketing & Public Policy* (American Marketing Association) 1 (1982): 25-42.
- CALABRESI, Guido. About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin. *Hofstra Law Review* 8 (1980): 553-562.
- CHIOU, Lesley, and Catherine Tucker. Search Engines and Data Retention: Implications for Privacy and Antitrust. SSRN. 27.05.2014. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2441333]. Acesso em: 09.06.2014.
- CLELAND, SCOTT; BRODSKY, Ira. *Search & Destroy: why you can't trust Google Inc.* St. Louis, Missouri: Telescope Books, 2012.
- CLEMENTS, Matthew T. Direct and Indirect Network Effects: Are They Equivalent? SSRN. January 30, 2004. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=313928]. Acesso em: 28.01.2014.
- Conversant, Inc. Uniting Technology to Deliver True 1:1 Personalization. Conversant Media. 2014. Disponível em: [www.conversantmedia.com/our-approach]. Acesso em: 10.03.2014.

48. No Brasil, certos aspectos do direito de privacidade são considerados indisponíveis até mesmo pelo titular. Reconciliar a teoria dos direitos fundamentais e o mercado, nesse caso, é um desafio.

49. Como dito, acredito que a reversão completa do quadro atual é utópica, mas não podemos ignorar o papel do direito em promover ou desencorajar mudanças. As autoridades têm poder de influenciar o quadro normativo e assim criar incentivos aos agentes no mercado, em um ou outro sentido.

- DWORKIN, Ronald M. Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies* (The University of Chicago Press) 9, no. 2 (March 1980): 191-226.
- _____. Why Efficiency? A Response to Professors Calabresi and Posner. *Hofstra Law Review* 8 (1980): 563-590.
- EVANS, David S. The Antitrust Economics of Two-Sided Markets. SSRN. November 2, 2002. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=332022]. Acesso em: 03.01.2014.
- _____. The Online Advertising Industry: Economics, Evolution, and Privacy. *Journal of Economic Perspectives* 23, no. 3 (Summer 2009): 37-60.
- _____; SCHMALENSEE, Richard. The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms. *Competition Policy International*, Spring 2007: 151-179.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- GERARDIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. SSRN. February 12, 2013. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088]. Acesso em: 14.04.2014.
- GOOGLE BRASIL. Recursos – Google Analytics. Google Analytics. 2014. Disponível em: [www.google.com/intl/pt-BR_ALL/analytics/features/index.html]. Acesso em: 23.11.2013.
- GOOGLE. Why Google Analytics. Google Analytics. 2014. Dispõe Analyti[www.google.com/analytics/why/]. Acesso em: 23.11.2013.
- GRIMMELMANN, James. Privacy as Product Safety. *Widener Law Journal* 19 (2010): 793-827.
- HAIRONG, Li; EDWARDS, Steven M.; LEE, Joo-Hyun. Measuring the Intrusiveness of Advertisements: Scale Development and Validation. *Journal of Advertising* 31, no. 2 (Summer 2002): 37-47.
- HOOFNAGLE, Chris Jay. Beyond Google and evil: How policy makers, journalists and consumers should talk differently about Google and privacy. *First Monday*. 06.04.2009. Disponível em: [www.firstmonday.dk/ojs/index.php/fm/article/view/2326/2156]. Acesso em: 10.12.2013.
- _____; SOLTANI, Ashkan; GOOD, Nathaniel; WAMBACH, Dietrich J.; AYENSON, Mika D. Behavioral Advertising: The Offer You Cannot Refuse. *Harvard Law & Policy Review* (Harvard University Press) 6 (2012): 273-296.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. Thomson/West, 2005.
- JANSEN, Bernard J.; BOOTH, Danielle L.; SPINK, Amanda. Determining the informational, navigational, and transactional intent of Web queries. *Information Processing and Management* 44, no. 3 (May 2008): 1251-1266.
- KATZ, Michael L.; SHAPIRO, Carl. Systems Competition and Network Effects. *The Journal of Economic Perspectives* 8, no. 2 (1994): 93-115.
- LEE, Jessica. Google's Search Market Share Shoots Back to 67%. 16.08.2013. Disponível em: [http://searchenginewatch.com/article/2289560/Googles-Search-Market-Share-Shoots-Back-to-67]. Acesso em: 03.01.2014.
- LUCHETTA, Giacomo. Is the Google Platform a Two-Sided Market? *Journal of Competition Law & Economics* (Oxford University Press) 10, no. 1 (June 2014): 185-207.

- POSNER, Richard A. A Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law. *Hofstra Law Review* 9, no. 3 (1981): 775-794.
- ROCHET, Jean-Charles, and Jean Tirole. Platform Competition in Two-Sided Markets. *Journal of the European Economic Association* 1, no. 4 (June 2003): 990-1029.
- _____. TIROLE, Jean. Two-Sided Markets: A Progress Report. *The RAND Journal of Economics* (Wiley) 37, no. 3 (Autumn 2006): 645-667.
- _____. Two-Sided Markets: an overview. FRB Atlanta. 21.03.2004. Disponível em: [https://frbatlanta.org/filelegacydocs/ep_rochetover.pdf]. Acesso em: 09.02.2014.
- ROSE, Daniel E.; LEVINSON, Danny. Understanding User Goals in Web Search. New York: ACM Digital Library, 2004. 13-19.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SHAPIRO, Carl; VARIAN; Hal R. Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy. Boston, Massachusetts: Harvard Business School Press, 1999.
- VARIAN, Hal R. The Economics of Internet Search. *Rivista di Politica Economica*, Nov.-Dec. 2006: 177-191.
- WordStream, Inc. Facebook IPO: Can Facebook Beat the Google Display Network in Online Advertising? WordStream Internet Marketing Software. 2012. Disponível em: [www.wordstream.com/articles/facebook-vs-google-display-network]. Acesso em: 22.05.2014.
- YAROW, Jay. Steve Ballmer's Huge Reorg of Microsoft Could Bury One of the Company's Biggest Embarrassments. 09.07.2013. Disponest Emb: [www.businessinsider.com/microsoft-reorg-earnings-reports-2013-7]. Acesso em: 22.10.2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso Google, de João Costa Ribeiro Neto – *RDC* 83/177 (DTR\2013\3061);
- Colisão dos direitos fundamentais com as novas tecnologias, de Bárbara Slavov – *RDPriv* 40/60 (DTR\2009\594);
- Direito ao esquecimento e Internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro, de Cintia Rosa Pereira de Lima – *RT* 946/77 (DTR\2014\8186);
- Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação no comércio eletrônico, de Roberto Silva da Rocha – *RDC* 61/230 (DTR\2007\68); e
- O direito básico do consumidor à proteção de dados pessoais, de Laura Schertel Mendes – *RDC* 95/53 (DTR\2014\10481).

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. A *seleção* de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e condições da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais e seus sucessores ou cessionários, por todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais de Autor, previsto na Lei Autoral brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico, ficando auto-

rizada a incluir esse Conteúdo Editorial, nos meios de divulgação impressos ou digitais, on-line, Intranet, via Internet e hospedagem, isoladamente ou em conjunto com outras obras e serviços de informação eletrônica, em servidores próprios, de terceiros ou de clientes, podendo distribuí-la comercialmente e comercializá-la, por todos os meios eletrônicos existentes ou que venham a ser criados futuramente, inclusive através de armazenamento temporário ou definitivo em memória ou disco dos usuários ou clientes, em aparelhos móveis ou fixos, portáteis ou não, cabendo à Editora Revista dos Tribunais determinar todas as suas características editoriais e gráficas, preço, modos de distribuição, disponibilização, visualização, acesso, *download*, venda e revenda aos distribuidores, portais de Internet, banco de dados, bem como promoções, divulgação e publicidade. Como contrapartida financeira pela cessão onerosa o Autor receberá um exemplar da Revista impressa onde publicado o Conteúdo Editorial de sua autoria, dando quitação à Editora Revista dos Tribunais pelo valor de consideração correspondente ao preço de capa praticado com o consumidor final na data da primeira distribuição comercial da Revista. A Editora Revista dos Tribunais fica autorizada a proceder modificações e

correções para a adequação do texto às normas de publicação.

3. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicados nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.
4. O material recebido e não publicado não será devolvido.
5. Os Conteúdos Editoriais devem atender a todas as normas de publicação. A Editora Revista dos Tribunais não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira), que ficam à elaboração exclusiva do Autor do artigo.
6. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *aval.artigo@thomsonreuters.com*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).
7. Os artigos deverão ser precedidos por uma página da qual se fará constar: título do trabalho, nome do Autor (ou Autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), número do CPF, endereço completo para correspondência, telefone, fax, e-mail, relação da produção intelectual anterior, autorização de publicação pela Editora Revista dos Tribunais com a assinatura da CESSÃO DE

DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE.

8. Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Porém, para publicação nesta Revista, os trabalhos deverão ter um mínimo de 15 laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar a *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
9. O *currículo* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo:
Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.
10. Os Conteúdos Editoriais deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10

linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês.

11. Deverão ser destacadas as *Palavras-chave* (com o mínimo de cinco), que são palavras ou expressões que sintetizam as ideias centrais do texto e que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho; elas também devem aparecer em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês, a exemplo do *Resumo*.

12. A numeração do *Sumário* deverá sempre ser feita em arábico. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No *Sumário* deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva.

13. As *referências bibliográficas* deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). As referências devem ser citadas em *notas de rodapé* ao final de cada página, e não em notas de final.

14. Todo *destaque* que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o negrito ou o sublinhado. Citações de outros Autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de *itálico* ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado (“destaque do original”).

15. As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de Internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.

MARCOS CÁPPIO FONSECA SOARES
Mestre em Sociologia pela UFRGS. Advogado.

RESUMO: O presente artigo é fruto de pesquisa empírica levada a cabo junto aos acórdãos do TJRS, especificamente em matéria contratual. Aqui, trago as conclusões obtidas no âmbito dos contratos abrangidos pelo Sistema Financeiro de Habitação. Delimitei a racionalidade jurídica nutrida pelos desembargadores de referido Tribunal ao procederem às tomadas de decisões neste tema. Após precisar o conceito central deste trabalho (racionalidade), exponho e analiso os dados obtidos junto aos acórdãos coletados, promovendo uma classificação dos atores jurídicos consentâneo o teor argumentativo invocado na fundamentação dos votos, ocasião em que a nova teoria dos contratos passa a ser contextualizada em meio a um processo de transformações pelas quais vem passando o direito privado como um todo.

ABSTRACT: The present article is a result of empiric research made next to judgements of Tribunal de TJRS, specifically in contractual subject. Here, I bring the conclusions got among the contracts embroced by the "Sistema Financeiro de Habitação". I delimited the juridical rationality sustained by magistrates of the abovementioned Tribunal when they took decisions on this matter. After precisig the main concept of this work (rationality), I expose and analyse data got next to judgements collected, promoting a classification of the juridical actors according to the armentative contents evoked in the fundamentation of votes, occasion where the new theory of contracts starts to be contextualized in a process of transformations by which the legal system is passing as a whole.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A racionalidade jurídica e o contexto atual do direito privado: 2.1 A matriz weberiana – 2.2 Conexões contemporâneas – 3. A mudança paradigmática no direito privado brasileiro – 4. A pesquisa empírica: o caso do SFH – 5. Considerações finais – Bibliografia.

[illegible]

ALBERGARIA, A. *Cinco anos sem chover: história de João Louco*. Recife: Sertão, 1999.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades da sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. *Código Penal*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, coleção RT Códigos.

ESTEFAM, André. Temas polêmicos sobre a nova lei do júri. Disponível em: [www.damasio.com.br/?category_id=506]. Acesso em: 24.09.2008.

GOMES, Luís Gustavo et alii. *Direito civil brasileiro*. 2. ed. Recife: Sertão, 1999. vol. 3.

KELSEN, Hans. *Direito positivo*. 10. ed. Trad. Celso Bastos. São Paulo: Ed. RT, 2000.

OLIVEIRA, José Antonio. Verdade real. In: SROCO, Rui (coord.). *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 5, t. II.

SILVA, José Augusto da. *Ação declaratória*. Dissertação de mestrado, São Paulo, PUC, 2000.

_____. E o Brasil, como vai? *Folha de S. Paulo*, Cad. Mundo, 24.01.2004.

SOUZA, Artur César. As cortes de Warren e Rehnquist: *judicial activism* ou *judicial self-restraint*? *Revista dos Tribunais*, vol. 874, p. 11. São Paulo: Ed. RT, ago. 2008.